EL DERECHO PENAL

ESTUDIADO

EN SUS PRINCIPIOS, EN SUS APLICACIONES

Y

LEGISLACIONES DE LOS DIVERSOS PUEBLOS DEL MUNDO

Ó

INTRODUCCION FILOSÓFICA É HISTÓRICA

AL ESTUDIO DEL DERECHO PENAL

POR

J. TISSOT

VERSION CASTELLANA DE LA EDICION DE 1880

POR

J. ORTEGA GARCÍA.

AUMENTADA CON NOTAS Y ALGUNAS INDICACIONES BIOGRAFICAS DEL AUTOR

POR

A. GARCÍA MORENO.

TOMO TERCERO.

MADRID.

GÓNGORA, EDITORES

Puerta del Sol, 13, y San Bernardo, 85

1880.

Imprenta de los Editores, Ancha de San Bernardo, núm. 85.

TERCERA PARTE.

PERSECUCION DE LOS DELITOS.

INTRODUCCION.

DE LA PERSECUCION DE LOS DELITOS EN GENERAL.

SUMARIO.

1. Importancia del procedimiento criminal.—2. En qué consiste.—3. Cómo se divide.—Tres partes que suponen una anterior.—4. En un principio no existió procedimiento criminal; época de la justicia personal.—5. Los juicios llamados de *celo* concedían tambien poca parte á las formas.—6. Transicion de la venganza personal ó popular á un castigo regular en la forma.—7. Forma más elemental de los tribunales.—8. Segundo progreso: administra justicia una autoridad pública.—9. Tercer progreso: consejo destinado á ilustrar la autoridad soberana constituida en tribunal.—10. Cuarto progreso: delegacion del poder judicial.—11. Quinto progreso: existencia de las leyes penales y del procedimiento criminal.—12. Sexto progreso: leyes criminales escritas.—13. Sétimo progreso: delegacion con vigilancia del poder judicial.—14. Octavo progreso: participacion regular del pueblo en la justicia criminal.—17. Procedimiento criminal bajo San Luis.—Sencillez extrema.—18. Multiplicidad excesiva de formas; de dónde proceden.—19. No es siempre lo mejor un justo medio: hay que atender á las circunstancias.—20. No siempre son oportunas las reformas que un pueblo toma de otro.—21. Condiciones de su oportunidad.—22. Fin de este capítulo.—Lo que resta por hacer.

Poco ó nada se habría adelantado con haber formado un perfecto catálogo de delitos, ó un órden de categorías exactas, ó haber señalado penas muy sabias para cada especie de infraccion de ley, si fuesen insuficientes ó inciertos

los medios para castigar al culpable, ó no pudieran aplicarse las penas segun el juicio del legislador. Ahora bien; como el procedimiento criminal, ó el conjunto de las reglas que deben seguirse para hallar al delincuente, para convencerse de su culpabilidad, para castigarle con la pena merecida y no otra cosa, es lo que asegura la justa aplicacion de estas dos primeras clases de leyes penales, de aquí la gran importancia de las formas judiciales en materia criminal.

Estas formas se dividen naturalmente en tres grandes momentos, como el acto mismo de la completa persecucion de los delitos. Es, en efecto, necesario: 1.°, asegurarse de la existencia del delito por la queja, la denuncia ó la acusacion que de él se hace; 2.°, saber á quién debe imputársele, y quién debe ser acusado; 3.°, adquirir un convencimiento exacto de la gravedad del delito, y del grado de culpabilidad que implica; 4.° y último, pronunciar la pena que merece y hacer que se aplique. Estas cuatro operaciones suponen una autoridad encargada de aplicar las leyes, autoridad de que habrá que ocuparse en primer término, puesto que es el alma de todo el procedimiento.

Nos engañaríamos mucho, sin embargo, si creyéramos que la justicia criminal ha seguido siempre esta marcha metódica de una manera refleja y mesurada, y por medio de agentes elegidos. No; pues si bien es verdad que las cosas deben concluir de este modo, no es así como comienzan, ni como se desarrollan.

La primera forma del procedimiento es la venganza. En tal estado de cosas, no hay tribunal, autoridad ni formas lentas y circunspectas: se siente uno herido, y hiere á aquel á quien cree culpable; y se le hiere sin certeza muchas veces, sin eleccion y sin justa medida. Este procedimiento negativo y salvaje es tan propio de los instintos animales del hombre, que subsiste aún bajo el dominio de las leyes y costumbres de la civilizacion. Tales son los casos en que sin necesidad permiten las leyes lavar inmediatamente con sangre una ofensa. Tal es el carácter de los duelos, á pesar de las formas razonadas, y hasta cierto punto razonables, que presiden á este acto de sin razon soberana. Pero el estado de cosas en que más se revela esta ausencia de formas en el castigo de los delitos, aun en el seno de la civilizacion, es el que todavía se conserva entre los Monte-

negrinos, que consideran la venganza de sangre como el único medio de mantener la justicia. Sin embargo, las penitencias y reconciliaciones que siguen á este acto, restablecen las más veces la armonía entre las familias (1).

No puede considerarse como un progreso sobre la venganza personal el auxilio prestado por los amigos á aquel que carece de fuerzas para hacerse justicia por sí mismo, como sucede en el interior de Guinea. Todo negro ofendido en su honor por su mujer, es ordinariamente su propio juez. Si es demasiado débil para vengarse sin el auxilio de otro, reclama el de sus amigos, que se lo prestan con tanto más gusto, cuanto que están seguros de tomar una parte de la *composicion* (2).

Tambien es un modo de proceder negativo, muy irregular y censurable, aquel por el que un acusado, y aun un culpable, era abandonado por las leyes de pueblos, por lo demás civilizados, como los Judíos y los Atenienses, á la más brutal venganza popular, y aun á la venganza personal del ofendido (3). Esta especie de juicios, merecían más bien el nombre de arrebatos ó tumultos (en el sentido que Tácito da á esta expresion), que el de *juicios* de *celo* (*a*). El excesivo amor á la libertad hizo que pusiese la justicia en peligro el más sabio de los legisladores de Atenas. Solon dejó á todo ciudadano la facultad de quitar la vida, no solamente al tirano y á sus cómplices, sino tambien al magistrado que continuase ejerciendo sus funciones despues de la caida de la democracia (4).

¿No se ha visto á escritores que se dicen religiosos y aun cristianos, conceder en nombre de la moral, y aun en interés de la religion, una facultad análoga al fanatismo? ¿No iban hasta convertir en mérito un delito consumado, y por consiguiente en deber un crímen posible, pero interesado?

La transicion de la venganza personal ó popular á una

---

(1) Macieiowski, t. IV, p. 277.
(2) Bosmann, p. 205.
(3) *Ensayos sobre las leyes*, p. 51-54.
(*a*) La expresion *jugements de zèle* que emplea el autor, significa, como saben la mayor parte de nuestros lectores, el suplicio de la lapidacion, aplicado por las leyes de Moisés á gran número de delitos. (Nota de la traduccion).
(4) Plut., *Vida de Solon*.

justicia regular, nótase ya en las disposiciones legislativas de muchos pueblos, que no permiten matar impunemente al culpable sorprendido en flagrante delito, sino en cuanto opusiese resistencia y se negase á ser entregado á la justicia. Esto se concibe, principalmente en los ataques nocturnos, y cuando se pide auxilio en vano. La ley romana era sabia, pero no pueden censurarse, cuando se trata de grandes crímenes, las de otros pueblos que no hacen esta distincion (1).

La primera forma, la más elemental de los tribunales, es la que consiste, como sucede en ciertos puntos de los cantones de Schwitz y de Uri, en convocar á los primeros ciudadanos que llegan, y tomarlos por jueces de su agravio. Este tribunal popular, posible y hasta natural en toda república poco civilizada, juzga soberanamente del hecho y del derecho, despues de haber oido á las partes.

Pero en donde quiera que reina una autoridad monárquica, sobre todo si es despótica, se apropia el derecho de juzgar, y aun se le investiría de él en caso necesario. Lo mismo que los tribunales populares improvisados, no sigue otra ley que las inspiraciones de su conciencia; pero tiene sobre aquéllos la ventaja de ser superior á las partes, no sólo en esta circunstancia especial, sino siempre; lo cual la coloca sobre ciertas pasiones y da más autoridad á su sentencia. Un hombre colocado por encima de sus semejantes y destinado á gobernarles, es generalmente superior á ellos en ilustracion. Este modo de administrar la justicia criminal, se encuentra en los pueblos modernos, dominados por hombres eminentes.

En el orígen de toda civilizacion se encuentra tambien otra especie de autoridad, cuya influencia es más ó ménos grande: el sacerdocio ha sido el maestro directo ó indirecto de los pueblos, ya gobernando por sí mismo, ya por medio de los príncipes sobre quienes ejercía un imperio más ó ménos marcado; él ha sido ó soberano, ó consejero, ó instrumento, ó enemigo de los soberanos, segun la posicion que le han creado los pueblos ó los príncipes; ha ejercido una influencia más ó ménos considerable, sobre la legislacion y las instituciones. No intentamos tratar del carácter históri-

---

(1) Macieiowski, t. IV, p. 351.

co del sacerdocio en el imperio; ésto es objeto de un capítulo importante de la filosofía de la historia; pero podemos recordar el de los drúidas entre los Galos, bajo el punto de vista criminal. El acusado era citado ante un tribunal; comparecía cargado de cadenas el dia que se fijaba para oir á las partes; á veces se descubría la verdad por medio del tormento; y la excomunion y el destierro (1), eran los medios coercitivos empleados contra los contumaces, segun los casos.

Es un tercer progreso cuando el soberano, sea ó no absoluto, se asocia personas destinadas á ilustrarle, ya con carácter deliberativo ó sólo consultivo. Esto es lo que se observa en ciertas tríbus de la Nueva-Zelanda. Los culpables son citados ante un consejo de jefes, y son juzgados y castigados en plena sesion. El destierro fuera de la tríbu se impone con frecuencia á los convictos de robo ó adulterio, y en ciertas ocasiones, despues de sufrir el criminal la pena de muerte, su cuerpo, ó al ménos su cabeza, se coloca en un poste en forma de cruz.

Las formalidades del juicio, casi no se admiten sino para culpables de cierto rango, porque para los esclavos y para los hombres privados de proteccion, la suprema ley (2) es el capricho de los jefes.

Otro progreso es que, apesar del carácter de un tribunal, haya leyes penales y forma criminal; pero conviene que estas leyes sean equitativas, y que respondan á todas las necesidades de la sociedad á que se destinan, porque si perturban la conciencia pública, ó si son insuficientes, pueden volver los pueblos á la venganza personal. Entre ciertas tríbus de Guinea, el que se queja, acusa ante el juez á aquel de quien cree que tiene motivo; el juez manda uno de sus esclavos ó servidores á buscar al acusado, que á su vez viene á quejarse; nadie puede hablar por él; el acusador replica, y el acusado responde sin que puedan interrumpirle, bajo pena de muerte.

Instruida la causa por medio de estos debates contradictorios, el juez sentencia como le parece, y despide á las partes que no pueden apelar: si la causa interesa al rey, y la

(1) Klimrath, *Trabajos sobre la historia*, t. I, p. 196. El autor se funda en César.

(2) Dumont d'Urville; *Viaje del Astrolabe*, t. II, p. 424 y 425.

parte contraria sale condenada, págase al instante una multa al juez ó lugarteniente del rey; si el asunto es tan complicado que no puede decidir el juez, retíranse las partes llenas de animosidad, dispuestas á tenderse lazos y á provocarse á la lucha; exponen el asunto á sus amigos; los toman por testigos; se van inmediatamente al campo, y allí se tiran flechas, hasta que uno de ellos sucumbe: el proceso termina con la vida de uno de los litigantes, pero para principiar de nuevo. Los parientes consanguíneos del que muere reclaman al homicida como si fuera un esclavo; lo persiguen donde quiera que huye; no hay para él salvacion sino en la generosidad ó en el abandono de su contrario, sobre todo, si ningun rey ó ciudad le toma bajo su proteccion: donde quiera que esté, allí es buscado y reclamado; debe ser entregado, á no ser que el que le proteja, no quiera incurrir en el enojo del rey de que es súbdito, y exponerse á una guerra cruel. Una vez cogido, llega á ser el esclavo de la mujer de su víctima, que puede retenerle en la esclavitud ó venderle segun le parezca; si es bastante rico para indemnizar á la familia del difunto, puede residir en el país sin temer nada, pero esto no sucede sino en los casos graves, y rara vez ocurre que los procesos tengan este desenlace (1).

Esta justicia expeditiva, ménos que el escrúpulo del juez; que no sabe que una mala sentencia, vale más que el no hacer uso de ella, recuerda la de los cadís: la forma criminal es tan imperfecta, como el resto de la legislacion penal. El gran valor en el modo de practicar la justicia criminal en los pueblos musulmanes, consiste en la rapidez de las operaciones y en la simplicidad de las formas, pero nada tiene de absoluta: una justicia verdadera, aunque algo lenta, vale más que otra más expeditiva, que resuelve y no se fija. Se elogia mucho la sagacidad de los cadis, pero no está al abrigo de error ni de prevencion; si fuera más reflexiva, sería ménos previsora (2).

No deja de extrañar lo poco que han progresado los pueblos musulmanes en cuanto á legislacion criminal, desde la aparicion de Mahoma.

---

(1) Lintscot, *Ind. or. descript.*, VI part., p. 60. Cf. Barbot, *Descript. de la Guinea*, p. 299.
(2) V. el Coran; Pastoret, *ob. cit.*

El Código penal turco promulgado en estos últimos años, á pesar de su gran insuficiencia, mejora la legislacion anterior en algunos puntos, por ejemplo, al introducir la igualdad en la pena capital, la publicidad en los debates en que se trata de la última pena, (esto por lo ménos en Constantinopla), al suspender la ejecucion de la pena de muerte hasta que esté sancionada por el emperador, al recordar que ningun acusado puede sufrir la última pena sin que el delito haya sido probado y juzgado segun las formas exigidas por la ley.

Las otras disposiciones de este Código inspiradas, como el espíritu de las precedentes, en las legislaciones europeas, todavía conservan más el carácter de despotismo y barbarie, no en cuanto á la naturaleza y grado de la pena (bajo este aspecto el progreso todavía es real) sino relativamente al pequeño número de delitos previstos por la ley, á su clasificacion y á la apreciacion de sus grados de gravedad; el procedimiento criminal ha llegado á ser allí casi nulo, y donde se revela en más alto grado (1) la habilidad, la verdadera solicitud de un legislador, la garantía esencial de una sana administracion de justicia, es precisamente en las formas judiciales.

En Egipto, bajo el gobierno de Méhemet-Ali, la justicia se administra todavía como en los pueblos primitivos; así se hace en todo el Oriente; el mismo personaje instruye y juzga el progreso y con frecuencia aplica la pena; poco ó nada se escribe, se aducen pruebas y á la cuestion: si hay culpabilidad confesada ó reconocida, las penas ordinarias son los trabajos, los palos, los golpes de Kourbachs; la prision es casi desconocida y la pena capital muy rara; el príncipe se reserva el derecho de pronunciarla; la pena pasa por expiatoria; el malhechor que la ha sufrido es considerado del mismo modo que ántes; la lista de los delitos es poco extensa y los crímenes contra las personas bastante raros (2).

En el Turquestan donde se profesa el islamismo los sacerdotes son jueces y tienen categoría de gobernadores: se

(1) V. *Revista de legislacion*, t. XII, p. 65, art. de M. Hello.
(2) V. los curiosos detalles sobre la administracion de justicia en Egipto, en la *Phalange* de sept. et octob. 1846, por M. A. Colin, que nos ha dado esta nota.—V. tambien A. Du Boys, *Hist. del der. crim.*, t. II, p. 260 y s.

instruyen los procesos sin escribir nada; los crímenes de alta traicion, de usura y adulterio, se castigan con la muerte; el ladron es condenado á perder la mano y el asesino á servir como esclavo á los parientes del que ha muerto, á no ser que se rescate (1).

Otro progreso es que estén escritas: conozco lo que se ha dicho contra los peligros de la codificacion, pero tambien sé lo que puede decirse y lo que se ha dicho contra la vaguedad, la movilidad odiosa y la deplorable tenacidad de las prácticas viciosas: equilibrado todo, las leyes escritas valen más que las que no lo están y más por consiguiente que la arbitrariedad. Fué un progreso para los barbáros escribir las leyes corrigiéndolas y completándolas, pues hasta entónces sólo habían tenido ciertas prácticas.

No basta que los usos sean buenos ni que las leyes que los consagran estén inscritas, porque si el juez puede violarlas, ya por abusos de poder, ya por maldad ó por ignorancia, la justicia criminal no presenta las garantías que fueran de desear: para obtenerlas, los reos tienen interés en que el príncipe, si es soberano, es decir, si tiene el poder legislativo entre sus manos, no sea juez, para que este carácter no le convierta en legislador y se ponga la arbitrariedad bajo otro nombre, en lugar de la justicia.

El soberano que delega sus poderes judiciales dictando leyes que sirvan de regla á los jueces, da al pueblo una nueva garantía de justicia, pero conviene que vele para que respeten las leyes los encargados de aplicarlas, la cual es otro progreso. La garantía sería quizá todavía mayor si fuesen los jueces de eleccion popular á no ser que se les dirigiese ó no se recurriese á su dictámen sino en aquello que es de su competencia, previniendo el efecto posible de las pasiones ó de la ignorancia por la cualidad y el número, ó reservando á cierto tribunal como en Atenas, el derecho de anular la sentencia del pueblo.

En Roma desarróllanse las instituciones democráticas en el órden judicial, desde las *actiones legis*, que recordaban las contiendas judiciales, procedimiento de violencia y de casualidad, hasta las formas racionales y verdaderas que han llegado á ser la base principal del procedimiente mo-

---

(1) Malte-Brun, *Géogr. univ.*, t. IV, p. 633.

derno: recordaremos estas formas en cada punto de los procedimientos á medida que los tratemos (1).

Entre los Teutones de la Edad Media y de tiempos más remotos se encuentra un bosquejo de organizacion de Tribunales populares. Era un axioma que toda justicia emana de hombres libres reunidos en asambleas; las reuniones juciales tenían lugar en cualquier parte, en los bosques, sobre una eminencia, bajo los árboles, cerca de una fuente; el ocaso del sol indicaba el término de las operaciones: esta regla se ve tambien en la ley de las Doce-Tablas: *Sol occasus suprema tempestas esto;* el novilunio y plenilunio eran favorables á las asambleas, mas no la creciente ni la menguante. Cuando sólo había una asamblea por año, tenía lugar en la Ascension ó Miércoles de Pentecostés; cuando había dos, una era en primavera y otra en otoño; si había tres, una era en invierno, otra en el estío, y otra en otoño, y si había cuatro, lo que rara vez sucedía, y solamente en épocas ménos alejadas de nosotros, la 1.ª era en Lúnes de Pascua, la 2.ª el Mártes despues de San Miguel, la 3.ª en una época del año que Grimm designa con estas palabras: *nach dem obersten Tag*, y cuyo verdadero sentido nos es desconocido, la 4.ª en fin, en el Lúnes ántes de Navidad (2).

Algunas asambleas de justicia tenían lugar á mayores períodos de tiempo; el tribunal de Eisenhauser (3), en el Hesse, se reunía cada siete años; el mismo tiempo tardaba el tribunal del distrito do Fossenhelder, que el conde de Katzenelnbogen tenía la mision de convocar.

Las asambleas de justicia se distinguían segun su mo-

---

(1) Los detalles del procedimiento criminal y de la organizacion de los tribunales entre los Romanos se han expuesto en nuestros dias con demasiada claridad, y no necesitamos insistir en esto: podríamos dar un análisis de un trabajo que es muy conocido de todos los que se dedican á esta clase de investigaciones, pero baste haber presentado un ligero bosquejo. Véase *Ensayo sobre las leyes criminales de los Romanos*, etc., por M. E. Laboulaye, sobre todo la tercera seccion del libro II.—*Tratado de la instruccion criminal*, etc., por M. Faustin Hélie, t. I, p. 32-178, —*Historia del derecho criminal en los pueblos antiguos*, por Du Boys, p. 237 y s.,—*Historia de la legislacion romana*, por M. Ortolan, segunda edicion, p. 66-69, 83, 84, 92, 98, 101, 105, 106, 136, 163, 196-203, 292, 349; la tésis de M. J.-J. Weiss, *De inquisitione apud Romanos*. Sería injusto si no recordara los trabajos de los antiguos sábios sobre esto, singularmente los de Sigonio.

(2) Grimm, p. 793-813, 826.

(3) Literalmente: *casas de hierro*.

do de reunion, en *convocadas* y *no convocadas, geboten), ungeboten)*; éstas tenían lugar en épocas fijas del año, y todos los hombres libres asistian á ellas. Segun su extension decreciente, desde la de todo el territorio del país hasta la de un distrito ó aldea, se distinguían en:

Land-
Gau-
Cent-
Mark- } Gerichte.
Stad-
Dorf-
Weichbild-

Segun el juez que las presidía, desde el conde hasta el preboste y el simple administrador, en:

Crafen-
Vogts-
Schulzen- } Gerichte.
Probst-
Pfleg-

Segun la condicion de los reos, en:

Ding-
Eigen-
Ritter- } Gerichte.
Lehen-
Mann-
Frei-

El nombre de Freigerichte, que hubiera podido aplicarse á todas las asambleas de esta especie en su orígen, tuvo un sentido especial en tiempo del feudalismo; entónces hubo tribunales libres como había ciudades libres.

Westfalia, gracias á ciertas circunstancias históricas y geográficas, conservó estas clases de tribunales, conocidos con el nombre de *westphalicas* ó *wehmicas* (Grimm escribió Femgerichte). La Westfalia se llamaba la *Tierra-Roja* (1).

Segun Struvius, el Vehmding ó Fehmgerichte, ó bien

(1) Grimm, p. 829.

Freygeding, recibió este último nombre (tribunal libre) porque no estaba sometido á ninguna regla ni ley: llamábase tambien tribunal sentado *(Sthul-Gericht)*, porque los jueces se sentaban allí; tribunal prohibido *(Verboten-Gericht)*, porque todos no podían sentarse allí, sino sólo los que teníun derecho por concesion especial del emperador; tribunal secreto *(Heimlich-Gericht)*, porque sólo ellos formaban parte de él, y conocían el personal (así al ménos interpreto á Struvius); tribunal westfálico, en fin, (*Westphalisch-Gericht*), porque tenía su residencia en Westfalia (1). Se hace remontar su orígen á Carlo-Magno, y habíase instituido para extirpar el paganismo entre los Anglo-Sajones. Su mision era severa, cruel, como las leyes que debía hacer respetar. Una de ellas imponía la pena de muerte al que quebrantase el ayuno de la Cuaresma, y los Sajones se habituaron á ella de tal modo, que al subir al trono Conrado II, le suplicaron que la conservase. Poco á poco los jueces encargados de hacerlas ejecutar abusaron de su autoridad, hasta el punto de rebelarse; su jurisdiccion pasó á los condes, duques, obispos y señores en general. El asentimiento de los particulares constituía su fuerza; se les confiaban los intereses y las venganzas, y fué necesario dictar contra ellos las más severas penas para someterlos. Los papas y obispos contribuyeron mucho á la formacion de estos tribunales, que ante todo tenían por objeto los pretendidos delitos religiosos, y por este medio se apoderaron los obispos de la jurisdiccion criminal. De Westfalia, de la ciudad de Dortmund, en particular, salieron jueces, asesores ó regidores y emisarios que se esparcieron por toda la Alemania, y la hicieron temblar con ejecuciones terribles, por ser desconocidos, porque juzgaban sin apelacion y á veces sin forma de proceso, y porque sus decisiones iban envueltas en un impenetrable misterio. El más jóven de los regidores ahorcaba él mismo á los condenados en el primer árbol que encontraba á su alcance. Tantos abusos y horrores agotaron la paciencia de los Estados germánicos y creyeron sustraerse á ellos por medio de dispensas que solicitaron de los emperadores, pero los jueces secretos no los atendieron: entónces los Estados les opusieron las ligas y alianzas,

---

(1) Struv., *Hist. juris.*, c. IX. § 14, p. 774-777.

que los emperadores aprobaron, y publicaron muchas leyes destinadas á reformar los tribunales vehmicos. Las primeras tentativas se remontan al emperador Roberto (1437); en 1555 todavía existían tribunales westfalianos en ciertas localidades, y se necesitó más de un siglo para que terminaran. Una prueba de su poder es que llevaron su audacia hasta citar al mismo emperador Federico III á que compareciese ante su presencia cuando publicó su ordenanza contra ellos (1).

La asamblea de justicia se convocaba á veces á son de campana: hace pocos años todavía estaba en vigor esta costumbre; en Besançon se anunciaba cada sesion de los tribunales por la campana de San Pedro. En la Edad Media, era tambien la manera de dár la señal de alarma cuando se cometía un asesinato (2).

Las funciones de juez eran un cargo análogo al de nuestros jurados. Segun la ley sálica, hay tres impedimentos legítimos para desempeñar este cargo: enfermedad, servicio debido al señor *(ambascia dominica, Herredienst)*, y la muerte de un pariente. La ley de los Visigodos añade á esto la inundacion, el derretirse la nieve, la fuerza mayor *(quid inevitabile)*.

La asamblea de justicia terminaba con una fiesta en que no escaseaba el vino (*Trinkgelag)* (3).

Los extranjeros estaban sometidos á una jurisdiccion especial, la de sus compatriotas ó la de algun otro, pero se estableció pronto para los comerciantes un derecho, un conjunto de leyes é instituciones judiciales llamado *Gastegericht Nothgericht*, como si dijeramos tribunal de los extranjeros, tribunal de necesidad. En Francia y en Inglaterra hubo un tribunal análogo, el de los *Pelagatos (the Court of pipoudres)* (4).

---

(1) *Resúmen cronológico de la hist. y der. publ. de Alem.*, p. 28 y 29; Struv,, *Hist. jur.*, c. IX, § 22, p. 774-802, donde se encuentran numerosos é interesantes detalles sobre estos tribunales excepcionales, que eran una especie de inquisicion libre. Cf. Rosshirt, *ob. cit.*, t. I, 10 sq., 14, 15, 49, 50, y una sábia monografía sobre esto, por M. Ch. Giraud. Veremos más en detalle en la tercera parte de esta obra como procedia la Santa-Vehme.

(2) Cf. en Francia la Bancloche. La bancloche sone de vandonnée. *(Novela de Ogier)*.

(3) Grimm, *ob. cit.*, p. 835.

(4) Ducange, vº *Pede pulveroso*.

Todas estas instituciones judiciales eran más ó ménos democráticas en su orígen y en su espíritu, y se engañaría quien creyese que no había entre los Teutones tribunales excepcionales para los grandes. Por espíritu de igualdad en la desigualdad misma, los personajes políticos no podían ser juzgados sino por sus iguales, ya en los comicios generales, ya en los particulares; la mayoría de los jueces en asuntos que se referían á un príncipe, debía componerse de príncipes, y había tambien un cuerpo de derecho para ellos, el derecho del príncipe *(das Fürsten Recht)* (1).

La organizacion feudal de las sociedades en la Edad Media dió nueva forma á la administracion de justicia, y tuvo un carácter aristocrático conforme á todo el resto de las instituciones civiles de la época, conservando esta forma hasta que llegó á ser atribucion exclusivamente reservada al rey ó á sus delegados (2).

No basta que el pueblo tome parte en la administracion de justicia para que su intervencion presente siempre la misma garantía; porque puede intervenir tumultuaria ó regularmente. Si entendemos esta palabra en su acepcion más lata; si esta regularidad da los mejores resultados posibles, habrá grados infinitos en los juicios, segun el celo y buena organizacion del jurado. Entre ambos extremos se colocarán gran número de formas, más ó ménos perfectas; entre éstas se ven, por ejemplo, las de algunos cantones de Suiza en el siglo XVII. Segun un historiador de aquel tiempo, los Suizos no conocían el derecho romano, ni el dictámen de peritos; juzgaban por el buen sentido, ó segun la equidad, las leyes y costumbres locales. A pesar del rigor del clima se trataban al aire libre los asuntos criminales en Basilea y Zug, como ántes en Atenas. En Zurich, por el contrario, los debates y el juicio eran secretos; en Schaffouse, eran públicos, pero no como los de los heliastes de Basilea y de Zug (3).

---

(1) Struv., *Hist. juris.*, c. IX, § 25, p 808-809.

(2) V. Para la organizacion judicial bajo el régimen feudal, entre otras obras, Cibrario, *Della economía política del medio evo*, segunda edicion, t. I, p. 75 y s.

(3) Había tribunales establecidos en las prefecturas del canton de Berna, salvo apelacion al pequeño consejo y de éste al Tribunal de los Sesenta, (que se componía de los senadores del pequeño consejo, y de treinta y seis senadores del grande), en fin, del Tribunal de los Sesenta

Por lo demás, no pretendemos tratar aquí la delicada cuestion del jurado. Sólo diremos que esta institucion no es buena si la magistratura no tiene el espíritu del pueblo, es decir, sí, ora se forme por eleccion ó por el concurso de todas las clases, no se compone de hombres recomendables por la conducta y el saber: donde la sociedad se divida en castas, y los ciudadanos no puedan, á pesar de sus méritos, llegar á las dignidades y empleos; en fin, donde la magistratura forme una corporacion que tenga espíritu propio, que se forme de elementos verdaderos de hecho ó de derecho ó se deje á la libre eleccion del poder ejecutivo, la institucion del jurado tendrá su razon y utilidad; pero allí precisamente no existirá.

El derecho canónico, que tomó y conservó del derecho romano lo que le convenía, no ha dejado de tener influencia, buena ó mala, sobre el procedimiento criminal de la Europa cristiana. Sólo vamos á hablar aquí de los servicios que ha prestado, y citaremos uno que fué un nuevo progreso: hablamos de la forma escrita. Inocencio III y el cuarto Concilio de Letran echaron las bases de este procedimiento, á fin, dice Sclopis (1), de apartar toda sospecha de fraude y de dejar á la posteridad (2) un testimonio de la regularidad de los hechos judiciales. El cánon undécimo de este Concilio dice, que en los juicios ordinarios ó extraordinarios el juez esté acompañado de una persona pública (escribano) en cuanto sea posible, ó de dos hombres juiciosos que pongan por escrito los actos de procedimiento, los plazos, recusaciones, excepciones, preguntas, respuestas, confesiones, declaración de testigos, trabajos hechos, autos, apelacio-

---

al Gran Consejo. El Tribunal de los Nueve entendía en injurias y ultrajes. Los asuntos capitales eran tambien de la competencia de los tribunales inferiores, salvo apelacion al Senado. En general estas clases de asuntos no sufrían grados de jurisdiccion, eran llevados á los dos Consejos reunidos. En Lucerna sólo el Senado entendía en esto, y sin apelacion; en Friburgo informaba el Consejo de Estado; hacía su relacion al Senado, y éste juzgaba. En Unterwalden el ammann presidía el Tribunal de los Nueve en Stanz y en Sarna; en Zug tenia el Senado asesores ó jueces en las causas capitales, elegidos los jueces de cada asamblea (*e singulis conventibus*). (*Helvetior. Resp.*, p. 307, 319, 329, 347, 348, 369, 371, 374, 378, 392, 395).

(1) *Storia della legislazione italiana.*

(2) La posteridad no siempre se ha cuidado de guardar estos recuerdos: en estos últimos tiempos, al huir Pío IX y su córte quemáronse en parte por el gobierno pontificio los archivos de la inquisicion

nes, conclusiones, renuncias, etc., con indicacion de tiempo, lugar y persona; debe darse copia de todo á las partes, y la minuta quedará en poder del escribano (1).

La influencia del derecho romano y canónico es notable en la legislacion de San Luis. Al parecer, nada más sencillo y á la vez más racional que las reglas de procedimiento prescritas en lo que se llama Establecimientos de este gran rey; el que se queja afirma con juramento la verdad de su queja. Si el acusado se atreve á sostener su inocencia por este medio, entónces el que se queja debe probar lo que dice, y el acusado es despues interrogado; si se presentan testigos contra él y los rechaza, debe exponer la razon, y se le escucha para defenderse; si el preboste recibe las declaraciones en secreto, las comunica al instante al acusado; si éste presenta á su vez testigos en su defensa, se pregunta al que se queja lo que piensa; si no se hacen las recusaciones en el primer momento y con buenas razones, no pueden tener lugar más tarde. Instruido el proceso, el preboste pronuncia la sentencia, y puede pedirse al rey que revoque el fallo; los testigos falsos (2) son castigados.

Si la implicidad demasiado grande en las formas es un defecto, lo es tambien su excesivo número; tal sucede en el Código criminal ruso (3). Pero cuando las leyes son más avanzadas que el pueblo en civilizacion, el príncipe cree poder suplir la instruccion y probidad de los jueces dictan-

---

(1) V. En cuanto á la naturaleza é influencia del derecho canónico en lo criminal, Rosshirt, *ob. cit.*, t. III, p. 265 y s., A. Du Boys, *ob. cit.*, p. 404-456, 512-526, 568, 575, 594, 595, 617; *Rev. critic.*, t. XIII, p. 443 y s.. p. 464 y s. Añádase: *Derecho pub. y eclesiast. francés,* sobre los tribun. monast. y eclesiast., t. I, p. 409 y 410, t. II, p. 9.

(2) Esta era la forma en los asuntos civiles, pero todo induce á pensar que era la misma en lo criminal.

(3) Un código penal en 2.500 artículos, extractado por el conde de Blondoff, segun el programa trazado por el emperador, en 1826, á la Comision legislativa, y que se reduce á estas palabras: *recopilar, coordinar, perfeccionar:* lo que dice bastante que la obra no ha sido vaciada en el molde de todas las de su clase, sino que es la antigua legislacion criminal del imperio, expuesta segun las ideas modernas. El emperador anunciaba con su manifiesto del 15 de Agosto de 1845, que los delitos se clasificarían con más precision, que se distinguirían sus variedades indicando las circunstancias atenuantes y agravantes, que cada trasgresion tendría su pena ó represion análoga á su naturaleza y proporcionada á la culpabilidad, de manera que prohibia en lo posible la arbitrariedad en los juicios, poniendo al acusado solamente bajo la accion directa de la ley. (*Revista de legislacion y jurisprudencia,* t. XXV, 1846, p. 69).

do muchas leyes; al ménos lo ensaya, y en esto es excusable si nada omite para dar á sus pueblos lo que les falte de instruccion: querer obrar de otro modo, sería hacer más daño. No basta que las instituciones, un código, por ejemplo, sea mejor que otro, para que pueda adoptarse por otros pueblos; es necesario que se se adapte á las costumbres, á la instruccion y á las demás instituciones de los demás; lo contrario es impracticable, inútil y peligroso; lo bueno, en cuanto á imitaciones de esta especie, es relativo. Se comprende que pueblos que tienen tanta afinidad como los Estados-Unidos y la Gran-Bretaña (1), Francia y Prusia (2), puedan más fácilmente parecerse en materia legislativa, que Rusia y Francia.

Estas reflexiones preliminares bastarán para entrever la marcha progresiva de los pueblos en la mejora de las formas que presiden á la justicia criminal: no nos hemos ocupado hasta aquí de estas formas sino en su mayor genera-

---

(1) V. Tittmann, *De la organizacion judicial, del derecho penal y del procedimiento criminal en los Estados-Unidos de la América del Norte*, extracto de Rauter, *Rev. del der. Fran.*, 1848 y 49, t. V, página 843.

Gran semejanza con la legislacion criminal de la Gran-Bretaña: en ambas partes, equidad, confesion de la culpabilidad suficiente para convencer, influencia de los jueces que forman los tribunales en la deliberacion del jurado, medio de pruebas, manera de proponerlas.

Diferencia: un procurador del Estado ó un acusador público, miéntras que en Inglaterra se deja este cuidado á las partes que han sido perjudicadas: es una excepcion que el gobierno confie á un abogado del *comun* el cuidado de perseguir en nombre de la corona; en Escocia hay un acusador público permanente.

(2) El Código del procedimiento criminal de Prusia, revisado en 1846, ha copiado en una parte considerable á nuestro Código de instruccion criminal: el ministerio público, el debate oral, la publicidad de las audiencias, la informacion preliminar ó la instruccion separada del exámen y la distincion de las diversas especies de delitos. Los tribunales no están encargados de perseguir de oficio; son requeridos por un ministerio público; toman conocimiento inmediato de los hechos: su conciencia no va unida á las pruebas legales, etc. Más distinciones entre las pruebas y los indicios, entre las pruebas completas y las semi-pruebas, entre los indicios próximos y los remotos, pero se nota todavía la distincion de las penas en ordinarias y extraordinarias, la vuelta á la instancia, la defensa del acusado por el ministerio público, el derecho de defensa imperfectamente reconocido.—Véase un artículo de M. Bergson en la *Revista del derecho francés y extranjero*, t. IV, páginas 41, 130, 201 y siguientes.

En el procedimiento ha hecho progresos más notables el nuevo Código prusiano, sobre todo si se le compara con el procedimiento criminal de otros países de Alemania.

lidad; ahora hay que ver cómo se ha perfeccionado en el tiempo el procedimiento judicial.

No creemos muy necesario consagrar un capítulo ó un párrafo especial á la policía judicial que entra en principio en las atribuciones de los magistrados encargados de velar por la seguridad y el órden público, por el respeto á las leyes en general, y en que cada ciudadano, si tiene interés, puede ver si hay delito. Se concibe que las legislaciones presenten en esto notables diferencias, segun las formas de gobierno, la division más ó ménos rigurosa de los poderes públicos, y su organizacion más ó ménos buena. En Francia, la ordenanza de 1670 reformó muchos abusos en este punto, y los códigos de 1791, el de Brumario del año IV, y el de 1808 que nos rige, presentan diferencias que no pueden entrar en un estudio de esta especie.

LIBRO PRIMERO.

DEL JUEZ EN MATERIA CRIMINAL.

TRIBUNALES.

CAPITULO PRIMERO.

CUALIDADES QUE DEBE REUNIR EL JUEZ.—DELEGACION DEL PODER JUDICIAL.

SUMARIO.

1. Buen sentido, probidad, instruccion.—2. Lo que exigía ademas Cárlo-Magno; si esto no está comprendido en lo que precede: peligro de exigir al Juez creencias religiosas positivas.—3. Lo que importa al pueblo en la administracion de justicia.—Lo demás sólo es una garantía.—4. Eleccion de Jueces.—5. Delegacion de la Autoridad judicial en Roma.—Entre los Germanos, en Francia, en Inglaterra.—6. Toda Autoridad primitivamente investida del derecho de juzgar, puede, y con frecuencia debe delegarlo.—7. Sólo el pueblo está radicalmente investido de este derecho, pero puede difícilmente ejercerle por sí mismo.

El juez debe tener probidad y buen sentido, y si la legislacion es sabia, instruccion. La primera de estas cualidades resulta en cierto modo del número; la segunda de la educacion y del carácter; la tercera de la capacidad y del trabajo.

Las antiguas leyes (1) exigían, al juez religion, costumbres y ciencia. Olvidaban que la religion no tiene importa - cia social, sino se la estudia en las costumbres, y que no hay exactitud en cuanto á la sinceridad y pureza de la fé de otro, sino sólo en la regularidad de su conducta. Olvidaban que la fé se enseña, y puede ó no aceptarse; que varía en su carácter é intensidad, y que no es saludable y verdadera si

(1) L. 14, Cod. de Just.; *Capit. Car. Magn.*, lib. I, 62.

no es sincera y libre. Desde que puede ser interesada, pierde ante los hombres parte de la estima que, de otro modo, pudiera alcanzar (1).

Lo único que importa al pueblo en materia criminal, es obtener exacta justicia. Aquí, como en derecho constitucional, como en todo, la forma, la organizacion judicial, ó es una garantía, ó nada. El pueblo, al ser juzgado por sí mismo ó por hombres elegidos por él, más bien que por el príncipe ó sus mandatarios, no lo hace por el vano placer de que lo juzguen sus iguales ó por creerse investido de este honor, no; sino que piensa que, juzgado así, será mejor comprendido, y más equitativa y benignamente tratado.

No puede explicarse de otro modo el orígen de los jueces: ó los elige el pueblo, ó la autoridad, ya sea civil, ya religiosa.

La delegacion de las funciones judiciales por el soberano, no es un tercer modo esencialmente distinto del segundo, sino una funcion que se delega y que no se cumple, aunque en principio pueda y deba hacerse: sólo la necesidad puede autorizar para que pase este cargo á otras manos.

Todo poder, primitivamente investido de la autoridad judicial, puede delegarla. El pueblo, encargado de resolver las cuestiones entre sus diferentes miembros, puede darse jueces: el príncipe que haya recibido ó que se arrogue la mision de juzgar, puede encomendarla á hombres de su eleccion, y lo mismo sucede al pontífice que á la vez esté investído de la soberana judicatura. La delegacion del poder judicial se impone por la fuerza de las cosas al soberano natural ó constituido, es decir al pueblo ó á los que el pueblo pone á su frente. Ni el pueblo entero, ni gran parte de él, puede estar presente en todas partes ni en todos los instantes en que sea necesaria la intervencion de la justicia. Conviene que se divida, que cada fraccion esté investida de la autoridad del todo, y que cada una de estas fracciones elija de su seno los hombres más capaces de administrar justicia: esta necesidad no es ménos imperiosa para el príncipe que para el pontífice.

---

(1) Se encuentra tambien, sobre las cualidades y deberes morales del juez, un largo é interesante capítulo, el primero en Beaumanoir: *Chi commence li premiers capitre qui parole de l'offices as baillieæ.*

En Roma, en los felices tiempos de la República, los negocios se juzgaban por delegados. De este modo, los comicios por centurias, y por tribus podían remitir la causa á los cuestores ó al Senado, y el Senado á los cónsules ó al pretor; pero si se trataba de un delito que tenía pena capital, si era delito político y el acusado persona de distincion, los comicios lo juzgaban.

Los delitos cometidos por magistrados y personas consulares eran cuidadosamente estudiados por las centurias ó las tríbus; pero si el acusado era un ciudadano oscuro, si el delito tenía ménos gravedad, entónces el cuestor del parricidio (*parís cœdes*) entendía en él. Si el acusado era extranjero ó esclavo,ó en general, si no gozaba los derechos de ciudadano, ó si el hecho tenía una pena poco considerable, era en tal caso de la competencia del pretor.

Las delegaciones eran ordinariamente especiales: concluida la causa, ya no existían los poderes, ni áun para un caso análogo. Algunas veces era un *género* de negocios y no un solo negocio, cuyo conocimiento (*quœstio*) se delegaba; así es que el Senado delegaba en los cónsules, pretores y gobernadores de las provincias.

Tal fué el orígen de las *quœstiones perpœtuae*. Este sistema introducido por la costumbre, por la necesidad y regularizado por los plebiscitos, da un carácter de legalidad determinada al derecho criminal; la pena no fué ya arbitraria como hasta entónces; todo estaba previsto de antemano.

Las cuestiones perpétuas tuvieron por objeto perseguir tales delitos por tales medios, y castigarlos con tales penas.

La perpetuidad de la mision de perseguir ciertos delitos (*quœstio perpetua*) debía devolverse á una institucion y no á los indivíduos. El tribunal que estaba investido de ella, tomaba tambien el nombre de *quœstio perpetua*, aunque la mision de sus miembros fuese anual, y sólo las atribuciones y la organizacion tenían un carácter permanente. Lo que había de constante en esta organizacion, era la cualidad de los miembros del tribunal, la manera de nombrarlos, los derechos de que estaban investidos: estos jueces populares *judices jurati*, no funcionaban todos en cada negocio.

Bajo la segunda rama de nuestros reyes, los *missi dominici*, los *scabini* y la jurisdiccion eclesiástica se sustituyen insensiblemente á los malos y á los *boni homines*. Los clientes reemplazaron á los hombres libres en los alegatos ge-

nerales; llegaron á ser los jueces habituales; su autoridad fué mayor que la de los *boni homines*, porque estaban más versados en el conocimiento de las prácticas y formas judiciales; eran más considerados por el pueblo que los emisarios régios, los *missi dominici*; sus audiencias eran más frecuentes; eran, en una palabra, la justicia ordinaria. No hay pues, que extrañar que llegasen á ser los principales órganos de la justicia civil.

En Inglaterra, Enrique II estableció jueces ambulantes para decidir en cada condado los negocios así civiles como criminales. Estos jueces hacían una expedicion todos los años. En este reinado todavía estaban en uso las pruebas; pero tuvo preferencia despues de la conquista la contienda judicial; ántes no se dieron ejemplos. Durante el régimen sajon se introdujo la accion verbal ó por escrito ante el rey.

Si toda autoridad superior investida del derecho de juzgar se ve obligada á delegar el ejercicio de este derecho, esta autoridad no es ya sino una delegacion expresa ó tácita en el príncipe ó en el sacerdote, y no reside original y esencialmente sino en el puéblo, como el primitivo derecho de soberanía de quien la autoridad judicial no es sino una desmembracion, una funcion. Es cierto que el pueblo tiene derecho á ser juzgado y bien juzgado; á tomar las medidas que crea necesarias para que este primitivo derecho produzca verdadera justicia, pues el ejercicio de este derecho de garantía no es otra cosa que la soberanía en materia judicial.

Esta teoría es muy sencilla, y, sin embargo, algunos la discuten; peró los hechos no están tan sujetos á contradiccion. La historia prueba que el pueblo ha intervenido en la administracion de la justicia criminal en todas las grandes épocas de su desarrollo, y que esta intervencion ha pasado siempre por legítima ante el sentido comun. La historia atestigua tambien que los poderes más personales como el de *justicia* en España, habían sido precedidos por los poderes colectivos; lo contrario ni es admisible en apariencia ni en realidad, sino para los casos en que un hombre superior se impone á la multitud y se hace su jefe, y por consiguiente, su juez. Pero esta usurpacion de poder absoluto ¿es tan real como parece? ¿Es, sobre todo, primitiva? El despotismo ¿no es la consecuencia de otra forma de gobierno? Aun cuando

fuese primitivo, ¿no es más bien tolerado, permitido, aceptado que impuesto? ¿Qué es un hombre á pesar de su superioridad contra muchos que no quieren su autoridad? Hasta el despotismo en sí es una especie de emanacion de la soberanía del pueblo: veamos los hechos.

CAPITULO II.

EL PUEBLO CONSIDERADO COMO JUEZ EN LO CRIMINAL.—JURADO.

SUMARIO.

1. Estado de cosas necesario á todos los grados de civilizacion: entre los Hotentotes. Germanos, Judíos y Espartanos, Atenienses, Romanos, Bárbaros de raza germánica, Alemanes, Ingleses Franceses, Daneses, Rusos, etc.—2. El jurado moderno,—en la acepcion más extensa de la palabra,—su bondad relativa,—razones en pró y en contra,—escaso fundamento de algunos de sus partidarios absolutos.

El juicio del pueblo por el pueblo es, más que legítimo, necesario. Conviene hacerse justicia ó pedirla á un tercero; este tercero son los miembros de la sociedad civil ó los que ésta ha encargado para que reine la justicia en su seno á pesar del carácter permanente ó temporal que tenga esta delegacion. En la familia, el padre es juez y soberano: es una autoridad natural y constituida en quien la eleccion y la voluntad de los inferiores nada significa. Este soberano doméstico aunque sea absoluto, puede asociar á su poder á su compañera é hijos, ilustrarse con sus consejos, fortificarse en sus sentimientos y corregir así la debilidad ó error posible en el ejercicio de su derecho personal. Mucho han dicho algunos hombres sistemáticos hasta llegar á la paradoja y á la falsedad, comparando al rey con el padre de familia; pero es poco exacta la analogía entre estas dos cosas, pues no hay semejanza entre los dos términos de la comparacion; y áun cuado una sociedad pudiera existir sin jefe, lo que no sucede, nunca sería verdad que el jefe crea la sociedad que manda, como el padre da orígen á la familia. Y áun en el caso en que la sociedad y su jefe se constituyesen á la vez y recíprocamente, siempre será cierto que el uno es el fin y el otro el medio; que la sociedad es lo principal y el jefe lo accesorio. La justicia, y por consiguiente los medios más propios para obtenerla, son el derecho de una sociedad. ¿Quién podría disputarle el derecho de juzgar y de obrar? Es po-

sible que se engañe; pero una cuestion de prerogativa soberana no es cuestion de infalibilidad; si para ser legítima una atribucion cualquiera de la soberanía debiera ejercerse de una manera infalible, no habría soberano que pudiera serlo; en cuanto á errores, el pueblo y los individuos soportan mucho mejor los que cometen en perjuicio de sus intereses, que los que pueden sufrir de parte de otro: donde no está avasallado, donde dispone de sí mismo, se le ve pronto hacerse justicia ó tomar parte al ménos en este acto esencial de la soberanía.

Entre los Hotentotes, las dos partes defienden su propia causa; el tribunal sentencia despues á pluralidad de votos, sin apelacion ni obstáculo; en materias criminales, el culpable no encuentra apoyo en sus riquezas ni en su categoría, y si alguno es sospechoso de crímen, se pone al instante en conocimiento de todos los habitantes que, considerándose como otros tantos ministros de justicia, buscan al acusado y le prenden; si prevee que no puede evitar la prueba, se incorpora á una partida de ladrones, porque pasaría por un espía en otras aldeas en que quisiera buscar un asilo, y al menor aviso, sería puesto en manos de los que le reclamasen; pero si es detenido, se principia por tenerle bien seguro para dar tiempo á que se reuna la asamblea; se le coloca dentro del círculo; sus acusadores exponen el crímen; llámanse los testigos; se le concede libertad para defenderse, y el tribunal escucha con paciencia hasta la última prueba que se alega en su favor: si la acusacion es injusta, los jueces condenan al acusador á indemnizaciones que se cobran en ganados; pero si es fundada, pronuncia al instante la sentencia que se ejecuta inmediatamente. El capitan del kral se encarga de la ejecucion; precipítase furioso sobre el culpable, le tiende á sus piés y de un golpe de kirri, le rompe la cabeza; reúnese la asamblea para que concluya, y despues se le entierra; la familia no queda ofendida, el castigo borra el crímen, y la memoria del culpable no influye en su reputacion (1).

Esta justicia, un poco salvaje todavía, tiene un carácter popular incontestable y no deja de ser tan mala como si se ejerciese por el jefe de la tribu.

---

(1) *Viage de Kolben*, t. II, p. 105 y siguientes.

Los bárbaros, sobre todo los de raza germánica, tan celosos de su libertad, no podían desprenderse fácilmente del derecho de juzgar; y por respeto á la libertad, el padre de familia gozaba en el hogar doméstico de un poder casi absoluto. La supersticion daba á los sacerdotes un poder disciplinario ademas del de la asamblea pública y del de la autoridad paternal ó heril; pero el poder judicial del pueblo era mucho más considerable.

Tres órdenes de autoridades judiciales debieron existir entre los Germanos: el tribunal del pueblo, el de la familia y el del sacerdote.

La primera de estas jurisdicciones se distinguía en asamblea general, la de la nacion, y en particular; ésta estaba subordinada á la precedente y se componía de jueces elejidos por la asamblea del pueblo, los cuales tenían la mision de administrar justicia en las ciudades y pueblos con el título de presidentes; uniéndoseles los hombres libres de la localidad, que eran los verdaderos jueces.

Los sacerdotes de los Germanos, sin tener la misma influencia que los druídas, ejercían una autoridad jurídica y disciplinaria á nombre de la Divinidad. El señor tenía un poder discrecional muy extenso sobre sus esclavos, y podía impunemente herirlos y condenarlos á muerte (1).

Entre los Judíos el procedimiento criminal, sin ser irreprochable, valía más que el resto de sus leyes penales; pero se advierte ya el carácter sacerdotal ó teocrático áun en la época en que la administracion de justicia contiene un principio democrático evidente. Esta organizacion judicial es una de las formas mismas que pueden resultar de la variada combinacion de los diversos elementos del poder. Al principio los tribunales criminales se componían de ancianos y de los principales del pueblo; tenían sus sesiones en las puertas de las ciudades y de sus sentencias podía apelarse á los sacerdotes. Tres siglos despues de la conquista de la Palestina, se confió la magistratura al sumo sacerdote, y los tribunales se componían de dos levitas asistidos de siete jueces, elegidos por suerte entre los principales y ancianos de cada ciudad; los acusados tenían derecho á recusar cierto número de jueces, y nunca eran condenados sin haber sido oidos.

---

(1) V. Tacito, *Germanie*, VII, X, XI, XII, XVII; César, *Comm.*, VI 13

El acusado era provisionalmente privado de libertad despues de muchas formalidades, excepto en los casos de flagrante delito.

Se ve por la historia de la magistratura entre los Judios, cómo la autoridad sacerdotal extendió sus poderes en materia judicial. Hechos análogos prueban que en Esparta, Atenas y Roma, en todas partes, el poder judicial pierde fuerza en manos del pueblo, y la adquiere el poder ejecutivo, hasta que al fin la recupera bajo la nueva forma del jurado. En Esparta, las asambleas generales del pueblo que tenían lugar todos los meses, conocían de los crímenes contra el Estado. Entónces eran presididas por los éforos: los principales delitos privados se dejaban á la jurisdiccion del Senado. Este cuerpo administrativo y judicial se componía de veintiocho miembros, elegidos entre los ciudadanos más recomendables, que no llegaban á los sesenta años, á los cuales se unían los dos reyes que presidían alternativamente.

Los éforos, en número de cinco, y renovados anualmente por eleccion, sólo juzgaron causas civiles y criminales poco importantes, extendiéndose despues su jurisdiccion. Su poder fué tan absoluto, que tenían derecho á hacer morír á quien quisieran, sin dar razon de ello, y podían destituir, poner presos ó acusar de crímen capital á los demás funcionarios.

Otra especie de magistrados, llamados propiamente guardianes de las leyes, tenían, entre otras atribuciones, la de castigar.

Si se duda que el pueblo ateniense tuvo el derecho de anular las sentencias del Areópago; si este tribunal célebre tuvo en cierta época el derecho de anular el juicio de las asambleas populares cuando un acusado era absuelto sin razon; si podía entender en todos los negocios ántes que Perieles limitase su jurisdiccion, estas atribuciones excesivas en una república tenian su orígen en la época monárquica y fueron respetadas por la república; no por su orígen ni en razon al modo de componerse este célebre tribunal y á las virtudes que se le exigían. Podía tener hasta cincuenta miembros, elegidos entre los más dignos ciudadanos á los cuales se unían los arcontas; sólo los separaba y excluía la mala conducta. Por lo demás, estos jueces eran perpétuos. Se les prescribía la severidad de costumbres y es-

taban ademas investidos de un derecho de policía análogo al que ejercían los censores en Roma.

En tiempo de la República romana, el pueblo adquirió el reconocimiento formal del derecho de revisar las sentencias capitales. Un ciudadano no podía ser condenado á muerte, desterrado ó apaleado sin consentimiento del pueblo. Segun una de las leyes *Valeria*, los comicios, por medio de centurias, debían fallar en asuntos criminales. Esta ley dejó, como disposicion escrita, una antigua práctica establecida ya en la época de los reyes, cuyas decisiones podían someterse al pueblo. Sólo el dictador tenía derecho absoluto de vida y muerte sobre los ciudadanos. Tambien lo tuvo mucho tiempo sobre sus hijos, mujer y esclavos el padre de familia. El juez, propiamente dicho, era un ciudadano investido de esta mision por el magistrado, y sólo para un caso. Si era llamado á tratar de muchos, era en virtud de órdenes distintas. Al magistrado lo elegía la ciudad, y el juez debía ser aceptado por las partes; si no, se le elegía por suerte. En un principio, se eligió del órden senatorial, y era único; más tarde, otra clase de jueces, los *recuperadores*, eran de tres á cinco, y podían elegirse entre todos los ciudadanos sin distincion. Muchas veces, un tribunal popular de esta especie, se improvisaba con los primeros elementos que tenía á la mano el magistrado. El *judex* ó *arbiter* se elegía con más cuidado, y cuando no era del órden senatorial, debía salir de entre los ciudadanos que llenasen las condiciones exigidas para ser jurado (*judices jurati*).

Cada asunto necesitaba una operacion especial, que tenía por objeto hacer entre estos jueces una eleccion tal, que se pudiese decir que era la obra de las partes reunidas, como hemos visto.

Los delitos que no eran objeto de una *quæstio perpetua*, de una delegacion en principio ó genérica, quedaban sometidos al primitivo arbitrio, y eran juzgados, ya por los comicios, ya por el Senado, ya por los cónsules, pretores ó *quæstores ad hoc* delegados. Este modo de proceder en los juicios criminales, excepcional y extraordinario en un principio, llegó á ser el modo ordinario, al organizarse las comisiones ó cuestiones perpétuas; de manera que el antiguo modo ordinario llegó á ser excepcional, y tomó el nombre de *cognitio extraordinaria*. Las cuestiones perpétuas tuvieron por objeto, en un principio, cierto número de deli-

tos políticos: las exacciones cometidas en las provincias, los medios ilegales para obtener magistraturas, los delitos de malversacion de fondos, los de lesa-nacion, etc.

El pueblo discutió mucho tiempo en el Senado el derecho á tomar parte en el jurado, y obtuvo en definitiva el de alternar con los procuradores. Miéntras pudo el Senado formar los jurados, éstos se componían de trescientos miembros; pero desde que el pueblo tomó parte, se renovaban cada año. De este cuidado se encargó el pretor urbano. En un principio, se compuso de tres categorías ó de curias: la de los senadores, la de los caballeros y la de los jefes del tesoro. En tiempo de Augusto se componía de cuatro, y bajo Calígula de cinco. Los militares, á pesar de su graduacion, y los ciudadanos que no contribuían tanto como los caballeros, pudieron, en fin, ser inscritos en el libro de los jueces anuales *(iudices selecti, in albo relati)*. El número de jueces se elevó sucesivamente de trescientos á trescientos sesenta, á ochocientos cincuenta y despues á cerca de cuatro mil.

En resúmen, para formar parte del jurado se necesitaban las condiciones siguientes: tener de treinta á sesenta años; formar parte del Senado; estar inscrito en el censo, ya como caballero, ya como tribuno. Octavio fijó la edad en veinticinco años, y la cuota en la mitad del censo de los caballeros. Excluíase de estas funciones á los que habían sido encausados en juicio público, como los culpables de exaccion, violencia, etc.

Las listas del jurado eran anuales, y el número de personas que comprendía varió más de una vez segun la naturaleza del asunto. El acusado tenía derecho á presentar la mitad, cincuenta por ejemplo. Si se nombraban ciento, sobre este número, el acusador podía rechazar cincuenta. Esta facultad era recíproca entre las dos partes, de modo que el jurado se formaba á gusto de los interesados.

Entre los Germanos, la presencia de todos los ciudadanos que tenían derecho á usar armas, fué necesaria en un principio en los tribunales (1); pero la dificultad, la imposibilidad física ó moral de cumplir este deber ó de ejercer este derecho, produjo despues en la organizacion judicial cambios de consideracion, pero que no llegaron hasta prescindir del pueblo. Por mucho tiempo conservaron los su-

(1) Grimm, p. 826 y 827.

cesores de los antiguos Germanos estas costumbres de sus padres. El pueblo, bajo la presidencia del conde, del *centgrave* y del *decan*, segun sus respectivas categorías, administraba justicia en cada distrito. Todo acusado estaba obligado á comparecer en caso necesario: todos se constituían en auxiliares del juez y ejecutores de la ley y de la decision del magistrado. Los regidores *(Schoffe)* se introdugeron por Carlo-Magno, para vigilar la administracion de justicia, y para que hubiese celo al desempeñar estas funciones; pero la institucion se debilitó en sus primeros sucesores. Los emperadores de la casa de Sajonia, Enrique y Oton, reemplazaron los condes por los duques; éstos se mostraron más fuertes. En el reinado de Enrique IV, cayó la administracion de justicia en la violencia y en la anarquía. El poder de los duques fué destruido por los emperadores, que llegaron á sospechar de ellos, y éstos trataron de administrarla por sí mismos ó por medio de sus condes. Rodolfo de Hapsburgo hizo reconocer la tregua del Señor en muchas dietas, y trató de imponerla en muchos países limítrofes; en la Westfalia, Baja-Sajonia, la Turingia, el Hesse, Baviera y Suavia.

Las guerras que sobrevinieron, las disensiones que túvieron lugar en la eleccion al imperio y en la sucesion de muchas provincias, debilitaron la autoridad central del emperador, y dieron fuerza á la nobleza para que pudiera arrogarse el derecho de jurisdiccion: á fines del siglo XV, Maximiliano hizo entrar en las atribuciones de la corona imperial el derecho incontestable de presidir la admistracion de justicia.

En toda la Edad Media, en Alemania como en Inglaterra y Francia, nadie podía ser juzgado más que por otro de su mismo rango. El pueblo tenía esta mision para con todos sus miembros. El mismo emperador no podía dictar una sentencia que no estuviese aprobada por los príncipes y señores; y un campesino, un ciudadano, un vasallo no podía ser condenado arbitrariamente por ningun señor ni autoridad, siendo necesaria la aprobacion del pueblo. Se temían las leyes y el procedimiento escrito para que la justicia no cayese en manos de los jurisconsultos. Sólo el clero se regía por leyes de esta clase, y por el derecho romano. (1).

---

(1) V. Hallam, *Europa en la Edad Media.*

En Dinamarca, desde el siglo XI al XIII los *nævninger* ó *ræfn (nominati)* eran hombres elegidos por el demandante para juzgar asuntos importantes, sobre todo criminales, que declaraban por un veredicto acompañado de juramento *(durch eidliche Aussage)* la culpabilidad ó no culpabilidad del acusado. El que demandaba, elegía quince en Schonia, diez y seis en Séeland, ó diez solamente segun los negocios. El reo podía rechazar tres: ni debían ser parientes de éste ni enemigos de aquél, y sí sólo hacendados. La sentencia tenía lugar á mayoría de votos. Los nævninger elegidos para decidir ciertos negocios personales *(kirké nævninger)*, estaban obligados á entender en el asunto bajo la pena de seis *œre* de multa. Para los otros nævninger no se usaban medios violentos, al ménos en este período del derecho danés. Los nævninger rara vez se emplearon en Schonia miéntras estuvo en uso el *Jernbyrd* (1); en Séeland entendían en asuntos de asesinato, incendio, robo, hurto de *hærwærk* (2), y en todos los de cuarenta marcos (3). En el período siguiente, del siglo XIII al XVI, la intervencion del pueblo en el poder judicial se limitó mucho. En la Jutlandia, estas limitaciones principian con el establecimiento de los jurados *sandemœnd* (literalmente personas de verdad); primer ejemplo de jueces que ejercen sus funciones de una manera permanente y que reciben una especie de sueldo. Los nævninger eran tambien una especie de jueces permanentes; eran elegidos para un asunto especial, ó más bien para ejercer su cargo durante un año. La jurisdiccion de los *tingmœnd* (4) y del pueblo, muy debilitada por estas limitaciones, no llegó á suspenderse, puesto que los *tingmœnd*, elegidos bajo la presidencia del obispo, tenían derecho á anular las sentencias de los *sandemœnd* y de los *nævninger*, á quienes se mandaba expresamente consultar los más hábiles jueces del *herred* (L. de Jutl., II, 42, 58).

La mayor desgracia fué la parte que tomaron en la administracion de justicia los intendentes régios (*kongen ombudsmœnd*), y más tarde una nueva especie de jueces, los *baillis de l'horred* (*herredsvœgle*, *herredfojed*, juez de pue-

---

(1) La prueba del hierro candente.
(2) El coito.
(3) Koldérup, *ob. cit.*, § 76, p. 146.
(4) Me permito crear esta palabra danesa para traducir el aleman Dingleute, gentes de negocios.

blo) que en toda Dinamarca tuvieron en primera instancia el conocimiento de todos los delitos de los legos, excepto los que se atribuían expresamente á los *sandemœnd* y los *nœvninger*. Por lo demás, este cambio era más bien un efecto de la marcha natural de las cosas que una usurpacion ó invasion de parte del poder real (1).

En Rusia, en el siglo XVII, los tribunales competentes para perseguir los delitos de robo y asesinato, los componían en las ciudades los ancianos del distrito y los jurados. El tribunal superior era el que había en Moscow para juzgar á los ladrones (2).

En España, en la Edad Media, la justicia, tanto civil como criminal, se administró en primera instancia por alcaldes ó jueces municipales elegidos al principio por el pueblo y despues nombrados por el Gobierno. En otras partes la corona delegaba en un señor el derecho de jurisdiccion. En el siglo XIII, los reyes principiaron á nombrar jueces llamados corregidores. Las Córtes protestaron contra tal abuso de poder y Alfonso XI consintió en quitarlos de las ciudades que no los habían pedido. Por lo demás, cuando á peticion de una ciudad el rey nombraba magistrados, debía siempre elegirlos entre sus habitantes. Se podía apelar de la sentencia de estos magistrados al *adelantado* ó gobernador de una provincia, y de éste á los alcaldes del rey que juzgaban en última instancia: el rey sólo tenía el poder de hacer revisar la sentencia; ni podía anularla ni variarla (3).

Nuestros modernos jurados no son otra cosa que una forma particular de la constante intervencion del pueblo en la administracion de justicia. En Inglaterra se hace remontar esta institucion á los reyes anglo-sajones; pero es probable que estos jurados no fuesen sino co-juradores ó asesores del Gerif, como los clientes y los emisarios régios. Se cita, sin embargo, un ejemplo de jurado en esta época (4). En aquellos tiempos era el jurado consecuencia necesaria del principio feudal, segun el cual «nadie puede ser juzgado sino por sus iguales.» Los aldeanos, al constituir familia, debieron tener sus jurados, pues el principio de igualdad

---

(1) Kolderup, *ob. cit.*, § 117, p. 231.
(2) De Reutz, tercer período.
(3) Hallam, *ob. cit.*
(4) *Ibid.*

ante la naturaleza y la ley hubiese hecho á cada ciudadano igual á todos los demás, salvo las diferencias naturales y sus consecuencias.

Ya hemos dicho algo de la bondad relativa del jurado. Los que desconfíen de esta institucion, si se fijan, verán la necesidad de semejantes medidas; sirva de ejemplo el legislador badeñés (1), que al rechazar el jurado se esfuerza en sustraer al acusado del carácter demasiado absoluto de los jueces oficiales. Establece un mínimun de elementos de *prueba* que no puede pasar el juez al hallar la conviccion de culpabilidad; por otra parte, áun cuando existe el máximun, el juez puede declarar el efecto insuficiente, y libertar al acusado.

El jurado es susceptible de organizaciones tan diversas, puede tomar caracteres democráticos de tan variados matices, que ni se le puede condenar ni absolver en absoluto (2). Lo que hay de más general en este concepto, es la

---

(1) *Cod. de instr. crim.* promulgado en 6 de Marzo de 1845.

(2) Esta variedad de formas posibles, léjos de concluirse, llega á ser considerable, si se tienen á la vista todas las formas que han existido y existen todavía. La comparacion, como cualquiera otra, no deja de tener utilidad en el exámen de esta parte de las instituciones judiciales; pero el jurado pertenece á las constituciones políticas, y para que sea útil, no debe olvidarse la comparacion; lo que hay de singular es que haya sido rechazado por ciertas repúblicas democráticas, como la del canton de Vaud. Ginebra la ha admitido. Hé aquí algunas disposiciones de la ley ginebrina sobre la materia que más interesa conocer:

Una comision nombrada en el seno del Gran Consejo elige trescientos jurados, que deben ser puestos en la lista del año siguiente.

Cinco dias al ménos, ó á lo más diez antes de la apertura de cada sesion, el presidente del tribunal de justicia procede en audiencia pública, sobre la lista del jurado para el año corriente, á la eleccion por suerte de cuarenta jurados, que forman la lista de servicio durante la sesion: la lista de estos cuarenta jurados debe presentarse á cada acusado tres dias ó más ántes de que principien los debates.—El acusado y el ministerio público tienen derecho á exceptuar cada uno nueve jurados; el jurado se forma desde que salen de la urna los nombres de los doce jurados sin ser tachados.

Los jurados que faltan al llamamiento sin excusa legítima son condenados á 50 francos de multa por cada dia que falten.

Los que rehusan prestar el juramento son condenados á 150 francos de multa.

No se admite el voto secreto.

Basta la simple mayoría para condenar.

El jurado puede admitir circunstancias *atenuantes*, y áun tambien *muy atenuantes*; en el primer caso, el tribunal puede bajar la pena dos grados, en el segundo todavía más; de modo, por ejemplo, que un acusado que sin esto podría ser condenado á muerte, no lo será sino á prision de cinco años ó ménos sin mínimum.

intervencion del pueblo en la administracion de justicia sin una mision permanente y oficial. ¿Se puede racionalmente condenar este principio de una manera absoluta y sin distincion? Tal es la cuestion, y así planteada, deja de serlo para nosotros.

De todos modos, el jurado, en el sentido lato de la palabra, no es institucion moderna. Es tan natural, que ha debido ser primitiva. Cuando la sociedad es poco numerosa, todos sus miembros asisten armados al tribunal y á la asamblea. Esta costumbre de los Quírites de la primitiva Roma, de los antiguos Celtas y Germanos, de los salvajes de América y de todos los pueblos bárbaros, existiese en Alemania en la Edad Media (1). En Atenas y en Roma, desde la institucion de las *quœstiones perpetuœ*, el jurado se parece más todavía á lo que ha llegado á ser en los pueblos modernos (2).

Se concibe que esta institucion sea natural; que sea el tribunal que ofrezca más garantías á los que están sometidos á los tribunales, donde no hay jueces especiales, ó donde las leyes son pocas y no escritas, ó donde no se estudia la jurisprudencia, y la aplicacion de las leyes no constituye una funcion pública; pues la ignorancia es casi igual en todas partes, pero es más difícil ver su utilidad, si se le compara con los tribunales ordinarios.

No insistiremos, pero sí vamos á añadir nuevas razones á las ya expuestas en favor de la utilidad relativa al ménos del jurado. Se puede decir que toda circunstancia propia para ejercer una infiuencia saludable ú odiosa sobre nuestra inteligencia, sobre nuestos sentimientos y voluntad, agrava ó atenúa nuestra falta; que siempre existen circunstancias semejantes, cuyo número y grado de influencia no es fácil determinar; que solo dá lugar á una aproximacion moral, que es para la mayor parte de las inteligencias más bien asunto de intuicion mixta y un poco confusa, que de ideas bien determinadas. A no tener un grande hábi-

---

(1) M. Michelet, *Orígenes del derecho francés*. p. 312-318.

(2) Démosth., *in Aristog.*; *Schol. in Aristoph. in Plut.*, v-277;— M. Laboulaye, *Ensayo sobre las leyes criminales de los Romanos*, página 324 y s., 331 y s.—V. sobre el jurado en los tiempos modernos: *Revista de legislacion*, II. 321; IV, 188; XII, 201; XV, 325; XVIII, 120; 1845, t. III, p. 221; *Rev. étr. et fr. de lég.*, etc., I, 420; V, 685; X, 833; *Revista crítica*, t. IV, p. 231; t. XII, p. 529; Benjamin Constant; *Comentario sobre Filangieri*, p. 211.

to de análisis en estas clases de estados interiores, se corre facilmente el riesgo de engañarse al querer aclarar una impresion confusa, pero de cierta justicia en el carácter de su conjunto; quizá haya una profunda sabiduría en que las circunstancias de que hablamos se dejen á la apreciacion del pueblo más bien que á la sagacidad de los magistrados, que si no la ejercen con mucho escrúpulo, puede degenerar en sofisma.

Habría otro inconveniente al hacer al magistrado juez en estas circunstancias; y es que más distante por su posicion social y género de vida de la clase del pueblo en que son más frecuentes los delitos, la comprende ménos y es ménos apto para juzgarlo bien. La siente ménos que la piensa.

El juez, en lo criminal, contraería muy facilmente el hábito é inclinacion á condenar, y su sensibilidad le conduciría por esa pendiente á la severidad, y tendría más bien presente la perversidad humana que sus miserias; más bien los peligros que amenazan á la sociedad, que la piedad, proteccion y justicia debidas al acusado.

Estas razones en pró del establecimiento de un tribunal pasagero y variable, formado por el pueblo, no sospechoso de hostilidad contra los desgraciados sometidos á la justicia, están conformes con lo que se dice ordinariamente del jurado para justificar su institucion, á saber: que representa la conciencia pública.

Por otra parte, como el magistrado es quien debe aplicar la ley en uno ú otro grado; como es bueno que el *máximum* y el *mínimum* sean ménos grados que límites, y que el juez pueda girar con facilidad entre ambos extremos; como en fin, el juez es ménos accesible á la corruptora influencia de un orador, que es más hábil para conocer las debilidades y medios de engañar, que para calcular las pruebas y testimonios, etc., no se comprende por qué el magistrado no ha de apreciar tambien las circunstancias atenuantes ó agravantes como el jurado. Piensa lo que el jurado siente; el uno juzga lo que el otro prevee; el uno tiene una conviccion, el otro una persuasion; el uno divide y puede abstraer, y por lo mismo no considerar la cuestion total sino bajo un aspecto; el otro sintetiza y puede encontrar una dificultad de la que no saldrá sino por consideraciones accesorias, insuficientes y falsas. En uno y otro puede haber error. ¿No

convendría distinguir los asuntos en sociales y políticos?
Sin pretender que el pueblo, lea ó no los diarios, si la prensa es libre, esté exento de pasion política, lo cierto es que ésta es en él más franca é inocente. Se podrá dejar al jurado la apreciacion de los hechos en los asuntos políticos, en que la conciencia pública da ó quita la razon con más facilidad, y en que el magistrado puede hallarse más influido ó prevenido.
Que los mismos magistrados estén llamados á conocer del hecho y del derecho, ó que los unos tengan la misíon de probar el hecho y su moralidad, mientras que la mision de los otros sea la aplicacion de la pena, es lo cierto que las circunstancias en que se ha cometido el delito deben ser tomadas en consideracion. Lo mismo pueden serlo por el magistrado oficial que por el pueblo, si no está sistemáticamente excluido de la magistratura, si los tribunales se organizan de manera que tengan los ciudadanos todas las condiciones de seguridad y justicia tan íntegra é ilustrada como lo exige la humanidad.
Resumiendo: el jurado es mejor y más seguro que los jueces oficiales, cuando éstos son sospechosos ai pueblo, ya como instrumentos del poder que los crea y eleva, ya como hostiles á las masas, en razon á que forman una especie de casta ó corporacion, en cuyas filas no se puede penetrar, sin algo que no sea probidad é inteligencia, sin otra cosa que dispense de las otras dos. Si ante la razon y ante el pueblo la magistratura no adolece de estos dos vicios, puede ser dispensadora más sábia de la justicia que un jurado popular; pero debemos advertir, que sólo se tendrá esta excelente magistratura con instituciones sábiamente democráticas.
Algunos jurisconsultos se inclinan á creer que el jurado es preferible á la magistratura para juzgar del hecho en materia criminal. Han llegado á esta consecuencia ó por ignorancia ó escepticismo, ó por excesivo dogmatismo. Tambien suponen que no hay ciencia (al ménos ciencia accesible á la totalidad de los magistrados) en materia de apreciaciones morales; que lo justo é injusto son ideas arbitrarias, fantásticas, y que es mejor abandonar el juicio al instinto público, especie de tribunal en que el acusado y la sociedad pueden ganar ó perder, y en que el azar, por ciego que sea, es más perspicaz que los que pretenden ver claro

en este asunto, puesto que su error puede ser sistemático y repetirse con frecuencia: ó, por el contrario, estos hombres creen, como ciertos filósofos, que el sentido comun es infalible, y que basta reunir cierto número de hombres para obtener decisiones más exactas que los juicios más meditados y verídicos.

Nosotros no podemos participar de estas opiniones escépticas ó quietistas, sin abandonar en parte los derechos del pueblo.

CAPITULO III.

LOS GRANDES CONSIDERADOS COMO JUECES EN LO CRIMINAL.

SUMARIO.

1. No hay órden cronológico absoluto en este punto.—2. Porque no hay ni necesidad física ni lógica, las circunstancias que nada tienen de necesarias en sí mismas, son aquí el todo.—3. Tres clases de aristocracias constituidas ó de convencion: la de los tiempos de extrema barbárie, la de la antigüedad y algunas de la Edad Media, la del feudalismo.—4. Escasas garantías ofrecidas á los culpables y al pueblo por la aristocracia.—Lo que le falta todavía.—5. Cómo se establece la autoridad feudal en materia judicial.—Base de la justicia feudal.—6. Delegacion de sus poderes.—7. Tribunales ordinarios, inferiores y superiores.—8. Alta, media y baja justicia.—9. Justicia señorial preferida, á pesar de sus imperfecciones á la de algunos tribunales; por qué.—Es juzgada en sí misma inferior á la justicia real; por qué.—10. Por consiguiente hay progreso de la primera á la tercera.—11. Marcha lenta y graduada de este progreso.

No vamos á seguir aquí un órden cronológico. El poder puede pasar del pueblo á manos de muchos ó de uno solo, á manos de una corporacion civil ó sacerdotal, ó á las de un indivíduo superior á la tribu que se pone bajo su autoridad; y esto á causa, ya de la necesidad de defensa, ya de las esperanzas del ataque, ya de los sentimientos de confianza y veneracion inspirados por una sabiduría y poder extraordinarios, que se imponen á la supersticion por la impostura y el charlatanismo religioso.

No hay necesidad lógica ó física de que uno de estos poderes suceda más bien que otro al del pueblo, cuando éste ha ejercido por sí mismo un acto de autoridad soberana en materia judicial, pero nos ha parecido bastante natural hacer pasar la autoridad de todos á manos de cierto número: no es dudoso al ménos que se ha visto con frecuencia este estado de cosas, así como tambien se han visto con frecuencia aristocracias.

Hay que distinguir con cuidado tres clases de aristocracias constituidas, haciendo abstraccion de su orígen electivo ó hereditario, segun que los jefes de las poblaciones no des-

cienden unos de otros ni de un poder comun; aristocracias que se forman como pequeños reinos distintos, sólo unidos entre sí por la comunidad de raza, lengua, creencias, y quizá por el interés de defensa. Esta es una aristocracia impropiamente dicha de que no vamos á ocupar: es sólo aparente, sobre todo, si no hay unidad federal por muy débil que parezca.

La segunda especie de aristocracia es la de una casta dominante en el Estado, sin que los miembros que la componen tengan categoría entre sí. Esta especie de aristocracia es una verdadera república pero no democrática. El pueblo está en ella sometido á los nobles, como en otra parte está á los reyes. Para él es una oligarquía, con la diferencia de que los oligarcas no salen de él, y sólo es una república, república aristocrática para los que se dividen y disputan el poder; para el conjunto de la poblacion es una república aristocrática, lo que supone el imperio al lado de la servidumbre.

La tercera forma de aristocracia está como escalonada, organizada de abajo á arriba, ya que los diferentes poderes constituidos partan de una autoridad comun, cualquiera que sea la extension de esta autoridad, ya que no tengan señor comun, en cuyo caso forman otros tantos poderes distintos de que el pueblo es la base.

Se reconoce fácilmente en este bosquejo la aristocracia en estado bárbaro y casi salvaje; la aristocracia patricia de gran número de repúblicas antiguas y de muchas repúblicas de la Edad Media, entre otras la de Venecia, y en fin, la aristocracia feudal de los Francos.

El régimen aristocrático perfectamente establecido, ofrece pocas garantías al pueblo en la administracion de la justicia criminal, sobre todo en la reparacion de los delitos de los grandes para con el pueblo. Hemos visto de esto muchos ejemplos; no es éste el estado de cosas más seguro para los vasallos; á veces la más elevada nobleza puede ser ofendida por la arbitrariedad de un tribunal tanto más terrible cuanto más ocultos son sus procedimientos; recuerdénse los tribunales de Venecia, y de la Sante-Vehme. Jueces conocidos, publicidad en los actos judiciales, independencia y calidad de igual á la parte que ha de ser juzgada, y sobre todo probidad é inteligencia, tales son las verdaderas garantías.

La conquista esplica la jurisdiccion usada bajo la prime-

ra rama de nuestros reyes. Los jefes militares, los duques, condes y barones fueron investidos del derecho de *príncipes* entre los Germanos. Este derecho provenía de una costumbre anterior y de su calidad de soberanos inmediatos de cierta parte de territorio.

A medida que se desarrollaba el sistema feudal, se robustecía y organizaba el derecho de los señores; sus relaciones con los vasallos tomaban un carácter jurídico marcado; la de los plebeyos con la nobleza se regularizaba tambien.

La base de la jurisdiccion feudal fué por una parte la tierra y la propiedad (1); por otra parte el derecho ó supremacía señorial (2).

No agradaba á los jefes guerreros que establecieron los fundamentos del sistema feudal por medio de la asociacion para la guerra y la conquista, administrar por sí mismos justicia á sus subordinados, y no tardaron en delegar sus poderes, salvo el derecho de convocar los jueces, de conducir los acusados ante el tribunal y hacer ejecutar sus sentencias.

Los señores, como los condes, como más tarde los reyes, y por último los *missi dominici* tuvieron bailios y prebostes que presidían en los pleitos, observaban los debates y permitían juzgar á los iguales del acusado. Ni unos ni otros asistían á la deliberacion de los jueces.

Estos, elegidos por ellos, eran hombres libres, *boni homines,* domiciliados en la localidad, en la ciudad (*rachenburgü in mallo residentes*) (3), para quienes la administracion de justicia constituye ménos un derecho que un deber.

---

(1) «Que cada señor, en la tierra que administre, decía Carlo-Magno, tenga frecuentes audiencias y haga justicia con asiduidad, etc.» (*Capit. de Villis*, 56).

(2) El derecho de juzgar era de tal modo inherente á la posesion de un señorío, que las mujeres que hasta entónces no habían ejercido ninguna funcion pública, y que estaban dispensadas de redimir del servicio militar á sus feudos, llegaron á ser magistrados al poseer señoríos; tuvieron sus tribunales y sus pleitos y los presidieron y juzgaron en la córte de sus señores. (Mably, *Observ. sobre la Historia de Fr.*, III, 3).

(3) Los *rachinmbourgos* se elegían entre los hombres libres. Los *boni homines* eran más bien jueces auditores, magistrados de consulta: se distinguían ademas los *clientes* que estaban revestidos de un carácter oficial permanente y tenian una mision especial para intervenir en todas las causas; despues los *sagibarons* ó suplentes del conde llamados á presidir el tribunal en su ausencia.—V. Lehuerou, *Instit. mérov. y caroling.*, t. II, p. 336;—Savigni, *Historia del derecho romano en la*

Hacia el fin del siglo VIII, y bajo la segunda rama, el derecho de tomar parte en los juicios llegó á ser una especie de funcion y se organizó para ejercerla cierta clase de personas. Necesitábanse siete jueces por lo ménos para sentenciar verdaderamente; había con frecuencia doce, y el número era ilimitado.

Bajo esta jurisdiccion comun, se encuentran los tribunales extraordinarios que la realzaban más. Estos eran los *tungini ó centenarii*, y más tarde, los *vicarii*, lugartenientes del conde con la mision de administrar justicia en los puntos distantes de su residencia.

Al lado de esta justicia pública estableciéronse justicias privadas, patrimoniales, eclesiásticas, que provenían de inmunidades concedidas, con el cargo de hacer justicia á los hombres de aquel territorio.

Por cima de los tribunales ordinarios existía el tribunal del rey, *placitum palatii*, y el de la nacion *placitum generale Francorum*. Este último entendía en las acusaciones políticas más graves; el otro era un tribunal de apelacion destinado á invalidar ó hacer respetar las sentencias de los tribunales inferiores, y entendió directamente en gran número de delitos relativos al órden público (1).

En cuanto á la atribucion de jurisdiccion, la justicia feudal se dividió primeramente en alta y baja justicia. Más tarde, en el siglo XIV, se distinguió la justicia media. El fundamento de esta division consistía en la diversa gravedad de los delitos, pero con la diferencia de que las justicias superiores podían tambien entender en los delitos atribuidos á las inferiores.

La gran máxima feudal «Nadie puede ser juzgado sino por sus iguales», al delegarse, sufrió cierta alteracion. No hay que creer que ofreció mayor garantía al practicarse segun su sentido; por el contrario, quizá la delegacion fuera un beneficio. Cuando un vasallo no podía ser juzgado por su señor feudal debían ser sus jueces los vasallos del mismo señor, cuya influencia sobre todos era real é imprimía cierta formalidad en la administracion de justicia.

Edad Media, § 61;—Pardessus, *Ley sálica*;—Birnbaum, *De peculiari ætatis nostræ jus criminale reformandi studio*, etc., p. 150.

(1) M. Faustin Hélie, *Tratado de la instruccion criminal*, t. I, página 190-216.

Apesar de los vicios observados en la justicia señorial, fué preferida á la del tribunal ordinario, ya á causa de la lentitud de este último, ya á causa de otras imperfecciones. ¿Qué quiere decir esto? que la garantía de una buena justicia no sólo consiste en la calidad popular del juez, sino en su distincion verdadera, quiero decir, en su inteligencia, en su elevacion de sentimientos, en su probidad; por eso se prefería la justicia real á la justicia señorial.

Al encargarse el rey de las justicias señoriales, se verificó un progreso (1). Esta justicia, al dar origen á los Parlamentos, fué tambien el principio de nuestros modernos tribunales civiles. Los magistrados que los componían tuvieron á bien delegar toda autoridad judicial en los obispos y señores, y contribuyeron á la feliz distincion de lo temporal y espiritual. De ahí la separacion tan natural y legítima que hay que atribuir á las pragmáticas-sanciones de nuestros reyes, las apelaciones contra ciertos abusos, y la reivindicacion regular de una parte de las libertades galicanas contra las pretensiones de la córte de Roma. El parlamento defendía al príncipe y á los obispos contra el papa, á la vez que contenía á los obispos en los límites de su jurisdiccion eclesiástica (2). Pero este progreso que dió orígen al que se realizó á fines del siglo pasado, y que se ha perpetuado en el nuestro con otros beneficios de la Revolucion, debía cumplirse lentamente.

Desde el siglo XIII, la jurisdiccion real se extiende y robustece; los bailios y senescalias (3) llegan á ser el orígen de los tribunales ordinarios; la justicia se administra á nombre del rey, las audiencias son públicas; hombres de responsabilidad componen los tribunales, y son presididos por lugartenientes del poder real. Si había apelacion de la sentencia, llevábase ante el Parlamento, y los bailios y senescalias estaban obligados á presentarla para exponer y apoyar los motivos de sus decisiones.

---

(1) Mably, *Observ. sobre la Hist. de Fr.*, III, 7.
(2) Mably, IV, 1 y 6.
(3) Las senescalias eran tribunales que tenían las mismas atribuciones que las bailias; eran las bailias del Mediodia de la Francia. Tenían ademas en esta época la superintendencia de hacienda y policía; mandaban la nobleza de su distrito, y la llevaban á la guerra; había ya senescalias señoriales, pero nunca ha habido sino bailios reales: era lo contrario en Alemania. (Du Buat, *Orig. de l'ancien gouv. de la Fr.*, t. II, p. 120 y s.

Estos dependientes de justicia tuvieron á su vez lugartenientes, á quienes se exigía el doctorado ó la licenciatura, Los legistas ocuparon el lugar de los hombres de córte y guerra, y de este modo se formaron los prácticos y los magistrados permanentes.

Los prebostes y bailios, y las comisiones del Parlamento formaban desde el siglo XIII, una gerarquía judicial destinada á reemplazar las jurisdicciones señoriales y eclesiásticas, pero dejándolas subsistir á su lado: el Parlamento ó cuerpo consultivo del rey, que en un principio no fué más que el Consejo permanente del príncipe, gozaba ya en el siglo XII, de atribuciones juridiciales, sobre todo en materia criminal.

En la época de Felipe el Hermoso, recibió el Parlamento una nueva organizacion, siendo investido de la administracion de justicia. Estableciόse la *Tournelle* ó cámara criminal del Parlamento, que recibía este nombre porque se reunía en una torre; allí se trataron por separado los asuntos criminales, haciéndose permanente en 1515 por una ordenanza de Francisco I. Dicha sala fué investida de la facultad de decidir los negocios puramente criminales y del exámen de las sentencias dadas por los tribunales inferiores que se ocupaban de lo criminal. En él terminaban las jurisdicciones señoriales y eclesiásticas. Esta organizacion de la administracion judicial fué uno de los principales servicios prestados á la causa del rey y al país.

Las justicias reales desde su formacion en el siglo XIII se desarrollaron, fortalecieron y perfeccionaron hasta el siglo XVIII, segun el espíritu monárquico que les dió orígen. Los parlamentos, á pesar del derecho de reglamentarse, á pesar de la especie de omnipotencia que todavía gozaban, acabaron por aproximarse y crear una jurisprudencia regularmente uniforme. Habían sido insensiblemente conducidas por la influencia unitaria del derecho romano, por la del derecho canónico, por las ordenanzas sucesivas de los reyes; en fin, por la autoridad científica de los doctores.

Todas estas influencias y la filosofía sentimental del siglo XVIII apresuraban el momento en que todo había de ser juzgado y discutido. La Revolucion francesa iba á confundir las ruinas del poder absoluto y feudal con las ruinas de las instituciones criminales propias á este doble régimen, y á dejar en pié lo que era más compatible con la li-

bertad é igualdad que había proclamado. Los Códigos criminales de 1791 y 1795, al terminar la obra de la Asamblea constituyente, respondieron á la señal dada por Luis XVI en su declaracion del 24 de Agosto de 1780.

Los acuerdos de los Estados generales indicaban al legislador las principales reformas en la determinacion de los delitos y penas y en la instruccion y procedimiento. La Asamblea constituyente no se limitó á simples promesas; en su obra echó los fundamentos que sirvieron de base á las trabajos llevados á cabo por la Asamblea legislativa y la Convencion sobre derecho criminal. El proyecto del Código del 91 y el relato que de él hace Peltier de Saint-Fargeau son muy notables. Este trabajo más ilustrado por el espíritu filosófico que lo ha dictado que la obra legislativa á que ha dado orígen, puesto que llega hasta el establecimiento del sistema penitenciario, es una especie de resúmen de todos los progresos realizados ó que habían de realizarse todavía en esta época en la legislacion criminal.

Si los Códigos criminales de 1808 y de 1810 no fueron bajo todos los puntos de vista un progreso sobre los del 91 y 95, al ménos los completaron y terminaron la organizacion del jurado. La época imperial imprimió en ellos cierto carácter de duracion y absolutismo, y la restauracion ostentó su carácter en dicha obra, introduciendo la ley del sacrilegio. La revision de 1832 ha corregido muchos defectos. La introduccion del sistema penitenciario hizo necesaria una verdadera reforma.

CAPITULO IV.

DEL REY CONSIDERADO COMO JUEZ EN ASUNTOS CRIMINALES.

SUMARIO.

1. El poder real al parecer muy extenso fué natural en su orígen.—2. El poder está naturalmente investido del derecho de juzgar.—En Madagascar, el jefe de la provincia desempeña este cargo.—3. El rey y el sumo sacerdote administraban justicia á nombre del dios Prowe, en los pueblos paganos que habitaban á orillas del Elba.—4. La misma costumbre habia en otras muchas partes.—5. Entre los antiguos Bohemios la autoridad pasó de los ancianos al rey.—Hácese necesaria la delegacion.—6. El rey único juez criminal en el Congo.—En la Guinea delega su autoridad reservándose la revision.—7. La apelacion al rey no siempre está exenta de peligro.—8. En las Maldivas el rey no se reserva este derecho de suprema jurisdiccion, por estar sometido á la clase sacerdotal.—9. Jurisdiccion suprema atribuida al rey en el antiguo Egipto.—10. En Roma, la autoridad judicial y todo lo que pertenecía al poder soberano, pasó del pueblo á los emperadores sirviendo de intermediario el Senado.—11. Los reyes modernos, aun los que son constitucionales, se han reservado algo del derecho de juzgar criminalmente.—12.—Reflexiones.

Nos vamos á ocupar de un poder más ó ménos concentrado en la persona de un solo hombre, es decir, vamos á estudiar la forma más sencilla del poder, la más rápida en su accion y la que mejor expresa la unidad social. Forma seductora bajo muchos aspectos, cuyas imperfecciones y dificultades revela á veces la historia.

En el orígen de las sociedades, todas las formas son posibles prescindiendo de la cultura de los pueblos, con tal que los que estén investidos de autoridad se distingan por una superioridad natural. No nos sorprende ver á un individuo representar á toda una nacion; pero téngase presente que su interés consiste en no abusar de este poder para no degenerar en insensato ó mónstruo. Resta saber si está en la naturaleza del poder absoluto el que la razon se extravie segun la esfera de actividad ó el límite que se reconozca al individuo, pero debemos decir que al ejercer los monarcas

el poder absoluto, se rodean de consejeros y concluyen por delegar en ellos la mayor parte de sus atribuciones.

En Madagascar, el superior de la provincia juzga en union con el jefe de cada aldea. No exige nada por el proceso de un criminal, y cree ganar mucho librando al país de un malvado; pero en las causas civiles recibe, en calidad de honorarios, un número de reses proporcionado á la importancia del proceso (1).

Antes de que el cristianismo penetrase en el Norte de Europa, los pueblos que habitaban á orillas del Elba administraban justicia á nombre del dios Prowe. Los Rusos de Nowogorod y los Dálmatas, que tributaban culto al mismo dios, tenían tribunales análogos. Todos los lunes, el rey y el sumo sacerdote iban al bosque sagrado á administrar justicia en presencia de todo el pueblo. Sus sentencias eran escuchadas con gran respeto, porque se daban á nombre de la divinidad que era el objeto de un culto particular. El dios Prowe era un sér ideal, excepcional, sin imágen, á diferencia de los demás dioses que se representaban bajo diversas formas.

Entre los antiguos Bohemios los ancianos más ricos y distinguidos cuidaban de administrar justicia, y en la época de la monarquía (siempre ántes del cristianismo), la justicia era atribucion exclusiva del rey que iba al tribunal acompañado de gran séquito. Uno de los cortesanos llevaba el libro de la ley, y otro la cuchilla destinada á herir al culpable inmediatamente despues de la sentencia. Conocido el asunto, el príncipe emitía su juicio, y si el pueblo no lo confirmaba, se apelaba al sufragio; de modo que el pueblo era en definitiva el juez, ya confirmando ya oponiendo su veto á la sentencia del príncipe (2).

Desde la conversion de estos pueblos al cristianismo, hasta el siglo XIV, cuando el rey, ó el wojewo que presidía las asambleas del pueblo no podía formar tribunal en ciertas épocas para dar curso á los negocios, los hacendados más ricos se reunían y juzgaban con los intendentes de provincias. Esto no era solamente para impedir que el funcionario público abusase de su poder, sino porque debían

---

(1) *Historia general de los viajes*, t. VII, p. 599.
(2) Macieiowski, t. II, 21.

tomar parte, de acuerdo con dicho funcionario, en la administracion de justicia (1).

Entre los pueblos bárbaros del Africa y de Oriente se ve que la autoridad judicial constituye un elemento del poder real. El rey del Congo es el único juez en las causas criminales. Rara vez impone la pena capital; se contenta ordinariamente con desterrar á los culpables á una isla desierta; si tienen la fortuna de vivir allí once ó doce años, les concede un indulto formal, y no tiene dificultad de encargarles un servicio del Estado, como á personas de experiencia que han tenido tiempo de hacerse fuertes en la adversidad. Este rey delega su autoridad judicial en asuntos civiles, y nombra en cada provincia un juez que le represente. Como no hay leyes escritas, la única que observa el juez en el ejercicio de su jurisdiccion es la que le dicta su capricho ó la establecida por la costumbre; pero sus sentencias nunca pasan de prision ó multa (2).

En la Guinea, elígense los jueces entre los más ricos y notables del Estado, como los gobernadores de ciudades y villas. Todos éstos, en union con los sacerdotes que pasan por sustitutos. Tienen el conocimiento de todas las causas civiles y criminales, pero su decision no es tan absoluta que no pueda apelarse al mismo rey: estos casos son muy raros. Los reyes, para no tomarse la molestia de juzgar, nombran comisarios investidos de su autoridad que recorren el país para terminar todas las cuestiones por medio de sentencias definitivas (3).

La apelacion al rey no siempre está exenta de peligro: en Ceilán el rey hace apalear y encadenar á veces al que apela por haberle importunado: el asunto tarda entónces muchos años (4). Convendría juzgar ántes de condenar á esta pena; esto sería lo ménos que se pudiera esperar y obtener en una buena causa, y sería tambien muy racional que sólo la sufriese el que fuera condenado.

En las Maldivas, los jueces establecidos para administrar justicia, tanto en lo civil como en lo criminal, visitan cuatro veces al año su circunscripcion. Tienen un superior

---

(1) Macieiowski, t. II, p. 22-23.
(2) Ogilby, p. 535.
(3) Barbot, *Descripcion de la Guinea*, p. 299.
(4) *Relacion*, de Knox, III parte, p. 72.

que reside constantemente en la isla de Male, y que está siempre al lado de rey. Es á la vez pontífice y juez supremo del reino y se apela á su tribunal la sentencia de los jueces que le están subordinados. No puede fallar en asuntos graves sin estar asistido de tres ó cuatro personajes importantes llamados *mocouris* que saben de memoria el Corán. Estos mocouris son quince y forman su consejo. Sólo el rey tiene el poder de reformar las sentencias de este tribunal: al elevarse una queja, examina el caso con seis principales funcionarios llamados *moscoulis* (ancianos), y su decision se ejecuta al instante. Si se trata de un hecho, preséntanse tres testigos, y si no, necesita jurar el acusado poniendo la mano sobre el libro de la ley, si ha de ser creido. Si versa la cuestion sobre un punto de derecho, se juzga segun la letra de la ley. Prohíbese á los jueces aceptar el más pequeño salario, aun en concepto de regalo, pero los alguaciles tienen derecho á tomar la duodécima parte de los bienes en cuestion. El esclavo no puede servir de testigo ante los tribunales de justicia y el testimonio de tres mujeres equivale al de un hombre (1).

En el antiguo Egipto, tenía el rey el poder de anular la sentencia de los jueces, que se elejían entre los principales habitantes de las más célebres ciudades. En ninguna parte quizá se administró justicia por los reyes como en aquel pais; era, ademas, pública y gratuita. Los jueces, en número de treinta, eran sostenidos por el rey; y el presidente llevaba al cuello una cadena de oro á la que estaba fija una figurita hecha de piedras preciosas que representaba la Verdad. Al ponerse el presidente esta insignia principiaba el acto. Colocábase el libro de la ley ante los jueces: el litigante exponía por escrito sus cargos y la defensa tenía lugar del mismo modo; volvía despues la acusacion y luego la defensa; oidas dos veces la acusacion y la defensa, deliberaban los jueces y daban una sentencia que pronunciaba el presidente poniendo la imágen de la Verdad sobre una de las partes. Prohibíanse los recursos de la elocuencia, y entre éstos el de seducir y conmover á los jueces.

(1) *Viaje de Peyrard*, 1.ª parte, p. 147. Esta justicia vale ya un poco más que la de los salvajes; se puede decir que tiene rasgos excelentes.

y las réplicas debían hacerse por escrito dentro del tiempo que se fijaba para esto (1).

En Roma, á pesar de las vicisitudes que en la época de los emperadores sufrió el poder judicial, éstos se vieron en la necesidad de delegar. El Senado entendió en las acusaciones políticas y en los crímenes más graves, y sustituyó á los comicios por centuria y por tribus; pronto el consejo del príncipe intervino en esta atribucion del Senado y la tuvo solo. Las *quæstiones perpetuæ* resistieron un poco más tiempo, y al fin se encontró un medio de abolirlas: primero los pretores y más tarde el prefecto de la ciudad que había heredado por derecho el poder formar un tribunal ó *judicium*, conservaron el derecho de juzgar. Diocleciano abolió el jurado ya casi suprimido de hecho. Cuanto más listas anuales de jueces se presentaban, más ciudadanos tenían participacion en el poder judicial. Así es que el *cognitio extra ordinem* que había llegado á ser excepcion, llegó á ser regla.

No consistía todo en abolir jurados y concentrar el poder judicial; era necesario administrar justicia y no bastaban algunos magistrados. Hubo necesidad de crear un consejo de asesores que entendían en las causas y preparaban las decisiones. No sólo el príncipe no bastaba para juzgar, sino que su Consejo tampoco podía cumplir exactamente este cargo. El prefecto de la ciudad tuvo que entender en toda clase de asuntos criminales. Las sentencias de un tribunal llamado *auditorium sacrum*, no podían discutirse sino ante el consistorio imperial; algunas no tenían apelacion. Jurisdiccion tan extensa motivó que el *præfectus urbi* se viese en la necesidad de delegar tambien un poder que no podía ejercer segun lo exigían las necesidades públicas. Sus asesores preparaban el trabajo y á veces lo desempeñaban.

En tiempo de Augusto, el *præfectus vigilum* tuvo la mision de velar por la seguridad pública y prevenir los incendios casuales. Pronto las causas de incendio voluntario y otros muchos delitos contra el órden público entraron en sus atribuciones.

En cuanto al resto de Italia, la administracion de justicia tenía lugar por medio de magistrados municipales. Lugartenientes imperiales desempeñaban en provincias estas

(1) Diod., I, 75-76.

funciones, y más tarde, en época del emperador Justiniano, se encargaron los obispos de visitar las prisiones y de vigilar para que se administrase justicia convenientemente.

No sólo en los pueblos semi-salvajes ó bárbaros, ni áun entre las antiguas monarquías, se ejerce el poder judicial por el rey solo, sino asistido por su consejo ó por medio de jueces en quienes delega: lo mismo se observa, al ménos excepcionalmente en muchas ocasiones, en pueblos que pasan por civilizados. No hablaré de Salomon, ni de Filipo de Macedonia, ni de San Luis, ni de ciertas sentencias criminales dictadas por los reyes de Francia más próximos á nuestra época; me bastará recordar que en nuestras constituciones francesas se administraba la justicia á nombre del rey, que tenía derecho de amnistía, de conmutacion é indulto. Tenía en el fondo el derecho de hacer justicia aunque estuviese revestido de una parte del poder legislativo, resto de la confusion de poderes supremos en la misma persona (1).

Vese pues cómo la justicia criminal, administrada en un principio por el pueblo, ya por medio de ancianos ó de jefes que entre los Judíos tomaron el nombre de jueces como si el carácter principal del poder soberano fuese hacer justicia á los particulares, llegó á ser elemento de poder real, y cómo los reyes se vieron obligados á confiar su ejercicio á hombres elegidos ó á funcionarios de un órden más ó ménos elevado. Pronto veremos; ó más bien ya hemos visto, dejar el cuidado de la justicia á las corporaciones religiosas, sobre todo, cuando la Monarquía estaba sometida al sacerdocio ó era su instrumento. Pero el príncipe, al juzgar por sí mismo ó por medio de otros las diferencias entre particulares, puede hacerlo de modo que dé más ó ménos garantías Si no le ilustra un consejo, ó si despues de haber consultado el parecer de sus consejeros sentencia por sí sólo; si vende la justicia que administra; si constituye tribunales formados de un solo juez, ó si al componerlos de cierto número de jueces, tiene mala eleccion; si les prescribe reglas de organizacion y disciplina que introduzcan por su naturaleza ó dejen penetrar en su seno la corrupcion y la ignorancia, la justicia estará mal administrada.

---

(1) Los que no eran de parecer que el rey podía administrar personalmente justicia por estar investido de poder legislativo, desaprobaban que se la administrase á su nombre. (V. Lanjuinais.)

CAPITULO V.

EL SACERDOTE CONSIDERADO COMO JUEZ EN ASUNTOS CRIMINALES.

SUMARIO.

1. Nada más natural en un gobierno teocrático, en una monarquía, en cualquier forma de gobierno subordinada al clero como entre los Egipcios, Judíos, Persas, Indios, Masulmanes, Galos, etc.—2. Una religion revelada ó que así se cree, no puede ser instrumento de la política ni puede ayudar á los gobiernos sino á su manera, y no segun las exigencias de la época.—3. La Iglesia cristiana trató de sustraerse á la autoridad judicial de los paganos. Principió por administrar á sus miembros una justicia oficiosa segun su espíritu, que fué mejor en un principio que el de los príncipes temporales.—4. Este espíritu se corrompió con el tiempo por el orgullo y la ambicion.—5. El clero nunca quiso someterse al poder civil.—6. Complacencia abusiva de los soberanos respecto á esto.—7. Las falsas Decretales contribuyen á estender la jurisdiccion eclesiástica.—8. No contenta la Iglesia con librar tambien á sus adictos de la jurisdiccion láica, trata de ejercer jurisdiccion criminal y civil sobre todos los fieles.—9. Confusion del órden jurídico y del órden moral; otro orígen de pretensiones abusivas y de usurpaciones.—10. Esta confusion era fácil en asuntos de naturaleza mixta ó compleja.—11. Los defectos en el fondo y forma de la justicia láica que tuvieron lugar en la Edad Media, fueron otra causa de la desmesurada extension de la jurisdiccion eclesiástica.—12. La reunion de las dignidades eclesiásticas y señoriales fué tambien otra causa.—13. La alegoría de las dos cuchillas interpretada en el mismo sentido.—14. Consecuencias de estas confusiones: penas canónicas sustituidas á las temporales; penas temporales sustituidas á las canónicas; reunion de las dos por interés material aunque con un pretexto espiritual.—15. Abusos de la excomunion; sus consecuencias penales temporales; sus fórmulas; su utilidad en alguna ocasion.—16. Abusos anteriores todavía prohibidos; se desearía que volvieran.—17. Favor que les prestaron los mismos soberanos católicos.—18. Los sucesores de estos soberanos concluyeron por advertir el peligro.—19. Tratan de evitarlo; son ayudados por los Parlamentos y por los jurisconsultos. Estudio del derecho romano. La reforma del siglo XVI.—20. Servicios prestados á la humanidad y á la civilizacion por las jurisdicciones eclesiásticas.

Cuando en un pueblo, una corporacion ó indivíduo ejerce la autoridad á nombre de la religion, á nombre del cielo, este indivíduo ó corporacion posee el derecho de administrar la justicia y tambien los demás derechos. En la an-

tigüedad se practicaba esto en Oriente, y aun se practica hoy en todos los países en que el régimen teocrático está más ó ménos caracterizado. Algo de esto hemos visto en los antiguos pueblos de Europa, pero entre los del Norte, los Galos, con preferencia á todos, ofrecían en sus sacerdotes un ejemplo de soberanía moral que le daba grande influencia en todos los negocios: «en ciertas épocas del año, se constituían los druídas en tribunal de justicia, al que concurrían los que tenían cuestiones pendientes conduciendo tambien á los acusados de crímenes ó delitos; las cuestiones de robo y asesinato, los pleitos sobre herencias, sobre límites de propiedad, en una palabra, todos los asuntos de interés general y privado se sometian á su decision. Imponían penas, fijaban indemnizaciones, concedían recompensas. La más solemne de estas asambleas tenía lugar una vez al año en el territorio de los Carnutos, lugar sagrado que creían el punto central de toda la Galia; allí acudían con prontitud de las provincias más distantes» (1).

En todo país en que la religion es instrumento humano de la política, el poder consigue con facilidad famíliarizarla y someterla; pero una religion que no es respetada por la política, que reconoce otro orígen, que se cree emanada del cielo sin más fin que la vida futura, se somete con dificultad al poder temporal; no puede hacerlo sin perder de vista su orígen, y su fin ¿que ha de hacer el poder con una religion que no permite pactos? Aprovechar el bien que haga, saber prescindir de los servicios que de ella pueda esperar, y si quiere servirse de ella, dejarla que juzgue la naturaleza, medida y oportunidad de sus servicios.

En otros términos, una religion independiente como la cristiana, no puede ser útil á la política sino á su manera; no puede obedecer sin dejar de ser quien es, porque no puede reconocer superior en la tierra. Si sirve, es en el poder; y sirve como quiere, y siempre en propio interés, nunca en oposicion á él: de ahí la necesidad que tiene de dominar al poder para no ser contrariada en los medios propios para alcanzar su fin absoluto; de ahí tambien la necesidad que tiene el poder de dejarla libre ó considerarla un elemento hostil sin esperar de ella un interés público directo ó

---

(1) *Historia de los Galos*, por M. A. Thierry, t. II, p. 106.

delegarle sus poderes con la libertad de ejercerlos á su manera.

Los delitos de disciplina en materia religiosa necesitaban una especie de tribunal eclesiástico. Esta jurisdiccion creció insensiblemente por el deseo natural de su propia direccion, de revelar una autoridad paternal á la que hay que someterse voluntariamente; por la generosa necesidad de proteger al débil contra el fuerte; por la felicidad de merecer el reconocimiento y bendicion del pueblo; por el atractivo del poder unido á la popularidad: este poder tenía raíces antiguas y profundas en el espíritu cristiano. En un principio, sólo ejercieron los sacerdotes sobre los fieles una autoridad moral muy poderosa por ser efecto de la confianza y respeto que la virtud y la inteligencia exigían; ambas cosas no eran más que la caridad del Evangelio, el espíritu de misericordia que sólo ve en el crímen un pecado, y que no quiere la muerte del pecador sino su conversion. Hombres imbuidos en este espíritu que no excluye el de una justa reparacion civil, debieron admitirse con facilidad como jueces, tanto en las cuestiones como en los delitos: su sentencia arbitraria debió preferirse al juicio de los tribunales paganos que no tenían ni su mismo espíritu ni su equidad. Estas costumbres, el grado de confianza y ascendiente que tenían los obispos sobre los primeros emperadores cristianos, contribuyeron á que pasara á la ley lo que ántes estaba en las costumbres. Más tarde, los intereses del clero y de los legos, la jurisdiccion eclesiástica y la de los funcionarios públicos se encontraron enfrente; el gremio episcopal, ya poderoso, quiso sostener y extender su autoridad; á los verdaderos edictos de los emperadores, tan favorables al clero, precedían otros edictos supuestos (1). Constantino mandó

---

(1) Desde la época de las falsas Decretales adquirió gran extension la jurisdiccion eclesiástica. Una carta de Constantino á Ablave, que Godefroy, de Pouilly y otros consideran apócrifa, fué el punto de partida para afirmar que en todos los asuntos, entre las personas mayores y menores se podía recurrir al obispo; que ántes de intentar una cosa, y áun despues de haberla intentado ante el juez secular, y áun cuando hubiese comenzado la sentencia, las partes estaban en libertad de abandonar al tribunal y llevar la cuestion al obispo, sin que nada se opusiese á esta demanda. La misma ley decía que no podía apelarse la sentencia de los obispos, y que su testimonio era tal en justicia, que si una parte quería consultar á otro, no se le atendía.—V. *Memoria de la Academia de inscripct*, t. XXXIX, p. 590;—*Del poder temporal de los Papas*

que los jueces seculares hiciesen ejecutar las sentencias de los obispos; ordenó que el obispo fuese competente en todas las causas que una de las partes llevara á su tribunal, y que aun estando pendiente de los tribunales civiles sólo prevaleciese la sentencia del obispo, y ésta sin apelacion.

Las cánones de muchos concilios de los siglos IV y V ordenan la destitucion de todo obispo ó sacerdote que consultase un asunto civil ó criminal con un magistrado secular, sobre todo, si el reo era eclesiástico (1). Justiniano se mostró favorable á estas pretensiones de los concilios, y los primeros reyes merovingios las convirtieron en leyes civiles (2).

El completo abandono de la jurisdiccion criminal al el clero por parte del poder secular fué adquirido más bien y más radicalmente que la independencia bajo el punto de vista civil, aun cuando el poder temporal hubiese tenido gran interés en conservar su autoridad soberana lo mismo en los negocios criminales que en los civiles.

Justiniano hizo independiente de la jurisdicion temporal

---

en la Edad Media, por M....., director del seminario de San Sulpicio; París, 1845, p. 167; imp. Const. Aug. Ablavio I (ad Calc. Théod. Cod.)

(1) El clero se mostró en un principio tan celoso de su independencia para con la jurisdiccion civil, que un concilio de Antioquía (año 341), decidió que todo obispo juzgado y depuesto por un sínodo, ó un sacerdote ó clérigo juzgado por su obispo, no pudieran usar del recurso al emperador, ni fuesen escuchados al pedir la revision del proceso, sino por un sínodo más numeroso que el que los había condenado.

Esto se concibe como muy natural: pero no lo es tanto el que haya querido el clero sustraerse completamente á la jurisdiccion del príncipe, tanto en lo criminal como en lo civil. En el tercer concilio de Cartago (347) se acordó que fuese depuesto el eclesiástico que hubiese seguido una causa ante los tribunales públicos; que en materia criminal sería tambien depuesto si no prefería renunciar al beneficio de la sentencia que hubiera obtenido. El concilio general de Calcedonia (año 451) renovó las mismas prohibiciones á los eclesiásticos. Hasta Justiniano, la Iglesia no ejerció Jurisdiccion temporal sino sobre los fieles.

(2) Justiniano mandó que los legos llevasen á los obispos todas las demandas, áun las civiles que se formaran contra los eclesiásticos en general; el magistrado civil sólo ejercia, si estaba impedido el obispo (nov. 79, 83), y si el magistrado era de parecer contrario, se podía protestar la sentencia y pedir su reforma al tribunal superior (nov. 123, cap. 11).

Los reyes de Francia, lejos de debilitar el poder jurisdiccional concedido á los obispos por los emperadores de Oriente, formaron de obispos el Tribunal superior de justicia á donde se llevaban mediante de apelacion, las sentencias de los duques y condes para confirmarlas ó anularlas, (*Constit. de Clot.*, 560; *Capit.*, Baluze, t. I). Era el principio de la jurisdiccion eclesiástica propiamente dicha.

al gremio episcopal, à pesar de los grandes esfuerzos que habían hecho en época de los emperadores precedentes para obtener este privilegio. Despues lo conservó en Francia; y Chilperico, uno de los reyes más despóticos, que trató de castigar á algunos obispos acusados de traicion, no se atrevió á darles otros jueces que iguales suyos. Carlo-Magno extendió á todo el clero la exencion absoluta de la jurisdiccion secular, é incurrió en otras faltas quizá todavía más graves, viéndose conducido por sus principios á que interviniese la religion en asuntos que no eran de su competencia. Hizo muy extenso el número de los delitos que, segun él, debía la Iglesia castigar con censuras: por ejemplo, los soldados que se embriagaban, incurrían en la pena de excomunion. Nuevas leyes dieron efectos civiles á la excomunion: se interpretaron á la letra las prohibiciones hechas por los apóstoles de tratar con los excomulgados; se les privó de la facultad de pedir justicia á los tribunales; ordenóse la rigurosa ejecucion de las penitencias públicas; se mandó á los condes, duques y á otros magistrados perseguir á los que condenasen los obispos á ser perseguidos, embargarles sus bienes y personas, y retenerlos encadenados hasta que diesen satisfaccion á la Iglesia: en fin, se lanzó anatema contra los que rehusasen obstinadamente cumplir la penitencia que se les imponía (1).

Una circunstancia que contribuyó particularmente á fortificar la autoridad temporal de los obispos y papas, fué la aparicion de las falsas Decretales á fines del siglo VIII. Consideradas como verdaderas, y estableciendo un precedente favorable al poder pontificio, las Decretales de Isidoro hicieron pasar como derecho lo que nunca habia tenido este carácter; un obispo no reconocía más tribunal que el del papa; abolióse de este modo uno de los más antiguos derechos de los sínodos provinciales; todo acusado podía, no solamente apelar una sentencia dada por un juez inferior, sino tambien llevar al tribunal del soberano pontífice un negocio todavía no terminado; este tribunal, en vez de ordenar la revision de los procedimientos instruidos por los primeros jueces, podía anularlos *auctoritate propria*. Estos derechos

---

(1) *Capit.*, III, § 72, ann. 812;—*Capit.*, lib. V, 72; lib. I, § 36; lib. V, § 137; lib. VII, § 474;—*Capit.*, ann. 813, § 25; ann. 869, § 10;—*Capit.*, 867.

de jurisdiccion eran mucho más extensos que los establecidos por los cánones del concilio de Sárdica, pero eran conformes al uso introducido por la corte de Roma.

Se concibe fácilmente esta supremacía de los papas para con el episcopado; pero es ménos natural para con los soberanos temporales. Fué necesario usar un equívoco, una confusion para quitarles la autoridad que les pertenece en asuntos de policía social. Se decía que sólo lo espiritual era de la competencia de los tribunales eclesiásticos, pero esto era una vana distincion, pues la Iglesia todo lo hacía espiritual, y en todo hallaba motivo suficiente para reivindicar sus extensos derechos de jurisdiccion.

No le fué difícil ver un pecado en cualquier delito, y apoderarse, por consiguiente, de la jurisdiccion criminal; pero era más difícil encontrar una razon suficiente para intervenir en la jurisdiccion civil. Principióse por los asuntos que tenían un carácter complejo. Los tribunales eclesiásticos conocían de la violacion de los contratos garantidos por el juramento, de la violacion de los fideicomisos, etc. En Francia juzgaban, en union con el magistrado civil, todo lo que se refería incidentalmente al contrato de matrimonio, como las demandas de particion, etc; reclamaron el conocimiento de la ejecucion de los testamentos, á causa de los legados piadosos que constituían parte de las últimas disposiciones; pretendieron suplir la insuficiencia de la ley ó rectificarla, si no estaba concebida á su gusto; las decisiones de los tribunales civiles nada tenían tampoco que escapase á su revision pública ó secreta, y con frecuencia establecieron una jurisdiccion paralela á la de los jueces civiles, sobre todo en los casos en que la ley estaba oscura.

Es natural que se consulte al fuero interno en semejantes casos, y que en muchas circunstancias se prefieran sus decisiones á las de la ley y á las de los tribunales, si se trata de templar la severidad ó de remediar la impotencia del estricto derecho por la equidad y la caridad. Nada más legítimo ni saludable que el consejo espiritual que pone la conciencia en el lugar de la ley, que hace respetar la equidad por el derecho, que obliga á la forma á ceder ante el fondo, y coloca al espíritu por cima de la letra; pero estos temperamentos y medios no pueden tener un carácter público ó de autoridad social, y no deben figurar sino entre las prescripciones puramente morales del dominio de la conciencia

que puedan tener sancion espiritual. No era esta la jurisdiccion eclesiástica en materia civil; tenía un carácter público y la fuerza estaba al servicio de sus decisiones.

Los asuntos de naturaleza mixta, como el perjurio, ciertos sacrilegíos, la injuria, el adulterio, etc., recaían más fácilmente bajo la jurisdiccion eclesiástica. Nada más incontestable que el sacerdote tenga en esto autoridad moral, que ejerza su mision espiritual, que pronuncie la sentencia en el tribúnal de la penitencia; pero no se contentaba con esta mision, única que le correspondía, sino que se arrogó la jurisdiccion pública en estos asuntos. Hubo otras dos razones que favorecieron en la Edad Media la invasion de la jurisdiccion episcopal; una de ellas fué el modo arbitrario y descuidado con que administraban justicia los señores legos, y la cualidad de señores temporales de que estaban investidos los obispos, que les daba derecho á administrar la justicia civil en toda su plenitud. Que los obispos la administrasen con este ú otro título, aunque muchos de ellos fuesen más señores que obispos, es lo cierto que se veía en ellos más al obispo que al señor temporal: esto bastaba para dar á entender y para hacer creer al pueblo que, como dignatarios eclesiásticos, estaban llamados sobre todo á administrar justicia; pues ésta no es más que una especie de sacerdocio que los prelados ó señores espiritules desempeñaron por mucho tiempo, y tan bien ó mejor que los señores temporales (1).

Los papas, fundándose en la alegoría de las dos cuchillas, encontraron una nueva prueba de que lo temporal estaba en sus manos, ó que debía ser por lo ménos un instrumento pasivo á las órdenes de la Iglesía. La excomunion amenazaba al juez temporal y á los señores que discutiesen los derechos ó pretensiones de los obispos. Todo delito fué pecado, y todo pecado pertenecía á la jurisdiccion eclesiática. Hay más, era un principio que en materia civil «una de las partes sostiene necesariamente una causa injusta, y que esta injusticia es un pecado; lo que hace universal la jurisdiccion de la Iglesia.» Segun este principio, fué necesario ordenar una reparacion pública en casi todos los asun-

(1) Véase Mably, *Observaciones sobre la Historia de Francia*, l. III. c. 4 y 5, como las justicias señoriales, fueron suplantadas por los obispos.

tos; pero cuando el delito no era tan grave para que la Iglesia pusiera la mano sobre el culpable, se contentaba con prescribir una multa, lo cual convirtió las penas canónicas, las penitencias públicas, en penas pecuniarias. Las curias llegaron á ser un manantial inagotable de riquezas, no sólo para los obispos, sino tambien para la córte de Roma que podía reformar sus sentencias. San Bernardo se queja al Papa Eugenio de la facilidad con que se atendían las más frívolas apelaciones.

Una vez el clero en posesion de la facultad de juzgar los delitos, so pretexto de que eran pecados, convirtió todos los pecados en delitos, como había convertido todos los delitos en pecados. Todo acto reprensible cayó bajo su jurisdiccion exterior é interior. De ahí a confusion de castigar los pecados con penas civiles, y los delitos con penas espirituales segun el interes que pudiera tener «aunque las penas, dice Mably, debiesen ser algo severas por falta de costumbres en los ciudadanos y de solidez en el gobierno: por no sé qué espíritu de caridad mal entendida, se castigaban los mayores delitos con limosnas, ayunos ú otra cualquier penitencia monástica» (1). Esta caridad era muy bien entendida, para que ambicionasen las poblaciones estar sometidas á la jurisdiccion del obispo con preferencia á la del señor. Cuando se trataba de faltas religiosas de la competencia de los tribunales eclesiásticos, la justicia no era tan benigna; sabía recurrir entónces á las penas corporales y pecuniarias; y nada tenía que evitar, pues nadie le disputaba su derecho. Los herejes eran perseguidos con más rigor, y eran más severamente castigados que los asesinos.

El papa, los príncipes de la Iglesia, los obispos, los grandes propietarios que querían conservar y aumentar sus intereses, usaron los medios necesarios para llegar á este fin; primero los medios espirituales, despues los más materiales, con el apoyo y á nombre de los espirituales. No hablemos de los abusos de las indulgencias que se pagaban, que se concedían por los más graves pecados futuros, y se evitaban tanto más, cuanto más considerable y cara era la indulgencia (casi un franco y cincuenta céntimos de nuestra moneda) (2): sin pretender erigir en regla lo que no

(1) *Observaciones sobre la historia de Francia,* IV, 6.
(2) Se encuentra un ejemplo curioso en la *Historia de la economía política,* por Blanqui, t. I, p. 287, 3.ª edicion.

era sino un abuso, sin pretender deducir de lo particular á lo general y no considerando los delitos sino bajo el punto de vista civil, hay que reconocer que la córte pontificia, había vuelto al sistema de la composicion; empleábase con mucha frecuencia la multa; y lo que hay que notar es la distincion con que el clero era tratado: «segun la tarifa publicada por la chancillería romana, las cantidades necesarias para obtener el perdon de cada pecado, eran las siguientes: un diácono culpable de asesinato recibía la absolucion por veinte escudos; un obispo y un abad podían asesinar por trescientas libras. Todo eclesiástico podía entregarse á los excesos de la lascivia, aun con las circunstancias más agravantes, por la tercera parte de esta suma.» Esto nos refiere un historiador sério, en quien la calidad de protestante no basta á alterar la verdad del testimonio (1).

Si algunos lectores dudan de la veracidad del hecho, creerán con razon á un católico, á un santo que habla del carácter de los prelados en la Edad Media, ántes de que la filosofía y la reforma introdujesen la perturbacion en el seno de las poblaciones cristianas; lo que no impedía á los dignatarios de la Iglesia ser muy poco creyentes ó estar muy poco de acuerdo con su fé. Pudiera trasladar el cuadro entero, segun nos lo ofrece el gran pintor de que hablamos, y como el pincel no puede ser sospechoso de infidelidad, se vería en él la manera de rebatir las pretensiones de los apologistas de una época tan admirada, porque no se la considera sino bajo el aspecto que agrada. Pero esto sería mucho; basten algunos rasgos que daremos en latin: si ha de perder por ellos la edificacion para los que no entienden esta lengua, ganará mucho de energía para los que la entiendan. Despues de haber descrito el lujo y la avaricia de los prelados, continúa San Bernardo en estos términos: «Inde est quod illa (sponsa, la Iglesia) pauper et inops et »nuda relinquitur facie miseranda, inculta, hispida, exan»guis. Propter hoc non est... custodire sed perdere; non est »instruere sed prostituere; non est pascere gregem sed »mactare et devorare... Peccatorum pretio erigunt et pec»cantibus debitam sollicitudinem non impendunt. Quem da»bis mihi de numero præpositorum qui non plus vigilet in »subditorum evacuandis marsupiis, quam vitiis extirpan-

(1) Robertson, *Historia de Cárlos V*, t. I, p. 381; Par., 1844.

«dis?... Leviora loquimur; graviora gravius manet judi-«cium» (1). La Iglesia empleó hacia el siglo VI la excomunion para defender los intereses temporales; y desde entónces dejó de tener un carácter puramente espiritual, para hacerla suficientemente eficaz: en cuanto á este nuevo uso, fué necesario darle efectos civiles. La excomunion suponía la pérdida de los bienes, de los empleos, de las dignidades, y despues el destierro (2). Persiguiéronse por este medio los robos, los asesinatos, etc; en todo había pecado; distinguiéronse en públicos y secretos, y se creyó que el escándalo que se daba en los primeros necesitaba una reparacion solemne, una penitencia pública. Despues de esto ya estaba expiado el crímen, y la justicia civil nada tenía que hacer en cuanto á penalidad, ni en cuanto á reparaciones civiles, puesto que los eclesiásticos ordenaban las que exigían las leyes en favor del ofendido (3).

Desde que la excomunion se hizo estensiva á los negocios temporales y tuvo efectos civiles, fué acompañada de las más horribles maldiciones: «que el cielo y la tierra y cuanto contienen de santo le maldigan (al excomulgado). Maldito sea donde se encuentre, en un campo, en un camino público, en una senda, en un bosque, en el agua, en la Iglesia; maldito sea al vivir, al morir, al comer, al beber, al tener sed, al tener hambre, al ayunar, al dormitar, al dormir, al velar, al pasear, al estar de pié, sentado ó acostado, al trabajar, al descansar, al defecar (*mingendo, cacando*), al sangrarse *phlebotomando*; maldito sea en todas las fuerzas del cuerpo; maldito sea interior y exteriormente; malditos sean sus cabellos, cerebro, cerebelo, sienes, frente, orejas, cejas, ojos, mejillas etc; en sus riñones, ingles, piernas, genitales etc; maldito sea en todas las articulaciones de sus miembos; que enferme desde la punta del cabello hasta la planta de los piés (4); que el cielo y la tierra los execren (á los excomulgados) que las penas los atormenten en este mundo. Malditos sean en el campo, maldito sea el fruto de su vientre y los frutos (de sus campos), maldito sea todo lo que poseen; el perro que ladra por ellos, y el ga-

---

(1) D. Bernardi, *sup. Cant.*, serm. 77.
(2) Décret. de Child., 595; de Pép., 755; en Baluze, *Capit.*, t. I.
(3) *Inscript. et bell-lett.*, t. XXXIX, p. 596.
(4) *Formul.*, t. II des *Capit.* de Baluze.

llo que canta alrededor de ellos; que su suerte sea la de Dathan y Abiron, que fueron sepultados vivos en el infierno, la de Ananías y Saphira, que fueron heridos de muerte por los apóstoles del Señor por haber mentido; la de Pilatos y de Judas, traidores al Señor; que no tengan otra sepultura que la de los asnos, y que su antorcha se apague en medio de las tinieblas. Amen» (1).

Pero no siempre se han fulminado abusivamente las excomuniones en asuntos temporales; siendo uno de los mayores servicios que hayan podido prestar la *Tregua de Dios*. Es probable que no hubiera podido establecerse sin este medio extremo, el más enérgico de cuantos dispone la Iglesia (2).

Un autor contemporáneo, el señor director del seminario de San Sulpicio (3), explica el orígen del poder judicial

---

(1) Chartenne, *De antiquit. ecclesiæ*, lib. III.

(2) «El clero francés tiene el honor de haber dado en esto el primer ejemplo. Los señores de Limousin y Roussillon, por el año 1030, se vieron obligados á abandonar sus contínuas guerras, so pena de excomunion. El hambre que desolaba entónces la Francia, venía en apoyo de las exhortaciones de los obispos; pero era muy difícil que durase la paz siendo tan débil la autoridad de la ley. Rodolfo Glaber, que escribía en aquella época, refiere las desgracias sufridas por los que violaron la paz, y trata de probar que era justo castigo de la cólera divina. Estos son simples testimonios de la imposibilidad de sostener una paz perpétua entre las ciudades, los nobles y feudatarios. Se trató solamente de reducir el tiempo de estas guerras y de reglamentarlas; se estableció que cesasen las querellas el miércoles, jueves, viernes, sábado y domingo; que los clérigos inermes, los peregrinos y aldeanos dedicados al cultivo de la tierra, estuviesen al abrigo de todo golpe de mano, y defendidos por la Tregua de Dios. Estas disposiciones, que establecieron una tregua legal de cinco dias en la semana, y que protegían las personas inofensivas, se encuentran en esta época en muchos concilios particulares: son aprobadas por Nicolás II en el concilio de Clermont, adoptadas por Guillermo el Conquistador en sus leyes, y por los condes de Barcelona. En el siglo siguiente, la Tregua de Dios se extendió á los mercaderes. Los papas, los concilios generales y particulares confirman y extienden las disposiciones de la Tregua de Dios, que se encuentran en la coleccion de Graciano, en las Decretales de Gregorio IX, y se explican y aprueban por el derecho canónico y por los escritores del derecho feudal, áun cuando fueran frecuentemente violadas: nunca abandonaron los publicistas la doctrina que afirmaba que los mercaderes, peregrinos y clérigos que no tomasen parte en la guerra, estaban protegidos por la Tregua de Dios, ó como se dice hoy, por el derecho de gentes; hay que añadir semejante acuerdo á los elogios que merecen los primeros que proclamaron este saludable principio.» (Forti, *ob. cit.*, t. I, c. 25, § 9, p. 240).

(3) En su obra sobre el *Poder temporal de los Papas en la Edad Media*, in-8.°, 1845 p. 162 y sig.

de los obispos, pero con alguna exageracion, dice: que los eclesiásticos deben estar exentos de la jurisdiccion de los tribunales seculares, aun en asuntos temporales, y esto en interés de la religion. No es bueno, dice, que el pueblo conozca las debilidades de los sacerdotes: el desprecio de los ministros lleva consigo el de la religion, es verdad; pero no es lo menos que un concepto inmerecido le dé una influencia que no merezca, dando orígen á un error peligroso. Es bueno, en interés de las costumbres del clero, que sus faltas graves no sean enteramente desconocidas; si ocurriera de otro modo, habría una especie de impunidad más perjudicial à la Iglesia que las revelaciones actuales ó anteriores. Conviene que el pueblo se acostumbre á distinguir la religion de sus ministros, á mirarlos como hombres, puesto que no son otra cosa, y á contar tambien con sus errores y pasiones. Este era, sin duda, el parecer de San Pablo, cuando decía: reprended en presencia de todos á los (sacerdotes) que pecan, para inspirar temor á los otros (1).

Por lo demás, el autor que acabamos de citar, conviene en que las decisiones de los obispos (que no eran en materia civil, ántes de Constantino, sino un simple ministerio de caridad), tuviesen entónces el carácter de una verdadera jurisdiccion emanada del mismo soberano; que sus sentencias, que ántes no tenían autoridad sino por acuerdo de las partes, comenzaran entónces á tener, en virtud de la ley, toda la fuerza de las sentencias dadas por los tribunales seculares y aun más fuerza que las de los ordinarios; y en fin, que los tribunales seculares pudieran desde entónces ser rechazados por todos los que tenían procesos y deseaban someterlos al tribunal eclesiástico.

El mismo autor reconoce y prueba que los clérigos estaban absolutamente exentos de la jurisdiccion secular, no sólo en las causas puramente eclesiásticas, sino tambien en las civiles y pecuniarias, y aun en las criminales que no tenían por objeto ciertos crímenes enormes, como los de lesa-majestad, rebelion, homicidio y otros (2).

---

(1) I Tim., V, 20; *Cf.* vo. 19.

(2) Los clérigos obtuvieron en un principio el permiso de no ser juzgados en materia criminal sino segun los sagrados cánones. En compensacion, el proceso debía hacerse por el magistrado civil en union con

Las leyes dadas en Francia por Felipe Augusto, San Luis, y Felipe el Atrevido, en época en que las usurpaciones del clero á la jurisdiccion secular eran más sensibles y discutidas, fueron más favorables que contrarias á las pretensiones de la Iglesia, y los tribunales seculares no pudieron defender últimamente sus derechos. En Alemania, Federico II permite que los clérigos estén libres de la jurisdiccion civil y criminal de los tribunales seculares; Enrique III, en Inglaterra, muestra tambien debilidad. Alfonso VI introdujo el mismo sistema en Castilla; la jurisprudencia de Nápoles, despues del advenimiento de la familia de Anjou, se dirige por las pretensiones, privilegios é inmunidades eclesiásticas; Bonifacio VIII declaró que el rey le estaba sometido en lo temporal y espiritual, y en la bula *Unam sanctam* trata de hacer suyo el poder de manejar la espada, en el sentido de que los reyes y los guerreros no puedan servirse de ella sino con el permiso y segun la voluntad del Soberano Pontífice. Pero hay más todavía: se erigió en artículo de fé la sumision de toda criatura humana á la sede pontificia. Otra bula dice que toda persona, de cualquier categoría que sea, citada á la audiencia ó á un tribunal apostólico de Roma, está obligada á comparecer personalmente, porque, dice, «tal es nuestra voluntad, que por permision divina, gobernamos el mundo.» Estos excesos indignaron á los soberanos, pues se cometían contra su autoridad. Todos conocen la cuestion entre Felipe el Hermoso y este soberbio pontífice (1).

Despojado el poder civil del derecho de administrar justicia, se vió que la Iglesia no ofreció en esto lo que los pueblos y príncipes esparaban de ella. Numerosos abusos hicieron pensar en reconquistar el poder perdido. En Inglaterra, por ejemplo, donde todos los delitos sometidos á una

---

el obispo. Las causas que interesaban á la vez á clérigos y legos, debían ser decididas por el juez eclesiástico y por el juez secular que al efecto se reunían. (Edit. de Clotario, año 615).

Más tarde, los que estaban marcados con la tonsura, signo que se daba á hombres casados, á niños, mercaderes y artesanos, evitaban casi por completo la jurisdiccion civil. Los cruzados gozaron del mismo privilegio.

(1) V. Hallam, *Europa en la Edad Media*. T. II, p. 95, 99, 100, 103, 148, 152, 265, 268, 288, 293, 300, 362 368, 370 (Daunou); *Ensayo sobre el poder temporal de los Papas*. V. tambien Faustin Hélie, *Tratado de a instruccion criminal*, t. I, p. 350-415.

jurisdiccion particular habían dejado de ser castigados por el magistrado secular, los clérigos gozaron de una especie de derecho de impunidad; el poder civil se esforzó en recuperar la jurisdiccion criminal, no sólo sobre los legos, sino tambien sobre todos los miembros de la sociedad civil; el Estatuto Westminster en 1275 ordenó, segun se dice, que los clérigos acusados de felonía no fuesen entregados á su jurisdiccion sino despues de una informacion sobre los cargos de acusacion, y que si resultaban culpables, se confiscasen en provecho de la corona sus bienes reales y personales: en adelante se atendió, para aplicar al acusado el privilegio del clero, que hubiese presentado su defensa despues de estar convencido en forma.

En Francia, los Parlamentos, desde Felipe el Hermoso ayudaron á los reyes á recuperar el poder judicial sobre el clero: la operacion fué larga. En tiempo de Francisco I no se había adelantado mucho; este príncipe, en su ordenanza de Villers-Cotterets, reformó y abrevió los procedimientos; dió á las jurisdicciones ordinarias más extension y fuerza, limitando las de los obispos y poniendo freno á la invasion de los tribunales eclesiásticos (1), y preparó la publicidad de los debates, mandando que en adelante todas las actas públicas se escribiesen en francés.

El estudio del derecho romano, hecho con ese espíritu de crítica erudita y filosófica inspirado en las sabias y atrevidas luchas de la revolucion religiosa del siglo XVI, contribuyó no poco á hacer entrar al clero en los límites de sus atribuciones, y á hacer descender al derecho canónico del elevado rango que tan fácilmente había obtenido. Hacía mucho tiempo que los papas no miraban bien este derecho rival, y no les hubiera disgustado restringir su autoridad y debilitar su memoria. Honorio III prohibió en 1219 que se enseñase en París. La decretal de este papa, está concebida en estos términos: «áun cuando la Iglesia no rechaza el auxilio de las leyes seculares que siguen la senda de la equidad y de la justicia, para que en Francia y en algunas provincias los legos no se sirvan de leyes romanas

(1) Loyseau, *Tratado de los señoríos*, refiere que ántes de la ordenanza de 1539 había treinta y cinco ó treinta y seis procuradores en la curia de Sens, y no había más que cinco ó seis bailías, y que despues de esta ordenanza ocurrió lo contrario.

y como rara vez se encuentran causas eclesiásticas que no puedan ser decididas por los cánones, para inspirar más adhesion á la Santa Escritura, el papa prohibe á toda clase de personas enseñar ó aprender el derecho civil en París y en los pueblos limítrofes, sopena de no poder ejercer el cargo de abogado y de ser excomulgado por el diocesano.» Como consecuencia de esta decretal, Felipe el Hermoso trasladó á Orleans la escuela de derecho civil, y la ordenanza de Blois (1579), confirmando esta medida, sólo permitió que se enseñase el derecho canónico en París. Un siglo despues, en 1679, pudo ya enseñarse públicamente el derecho romano en la capital del reino (1).

La Reforma contribuyó poderosamente á que la autoridad temporal recobrase el poder judicial. Era difícil que los reformados fuesen juzgados por sus enemigos en materia civil. En los países en donde no había tolerancia religiosa, los ministros protestantes no podían ampararse en una antigua costumbre, en un derecho adquirido, en una mision recibida, en una obligacion impuesta por los concilios y los papas: todo esto era de institucion católica; lo cual bastaba para que el protestantismo renunciase á ello, áun en el caso en que el poder temporal no hubiese recobrado toda su autoridad sobre las ruinas el clero católico, vencido por una reforma todavía poco poderosa, poco dispuesta á usurpar el poder temporal y con poca probabilidad de triunfo. Casi en todas partes se contentó con su jurisdiccion disciplinaria, no conservando, como en Dinamarca, sino los asuntos considerados por el poder como espirituales más bien que temporales; por ejemplo, todo lo concerniente al matrimonio y á las costumbres en general (2).

La Iglesia, á pesar de todos sus extravíos al intervenir en la justicia criminal, no dejó de prestar en esto servicios á la humanidad y á la civilizacion; pudiendo pues reclamar su parte en el progreso del derecho criminal. Si ha introducido en los códigos delitos que no debían figurar en ellos; si ha castigado con rigor los que eran civilmente ménos reprénsibles; si, por el contrario, ha usado á veces de extrema indulgencia en delitos civiles de suma gravedad, hay que

(1) V. Fleury, *ob. cit.*, t II, c. 1, nota; Herault, *ob. cit.*, año 1680.
(2) Kolderup. *ob cit.*, § 149, p. 300.

reconocer que en general su justicía criminal era más exacta, más imparcial, más equitativa y benigna que la de los poderes temporales; que fué por mucho tiempo preferida por los soberanos y los pueblos, y que intrudujo más garantías en las formas. A la Iglesia y á la Inquisicion, es á las que debemos por ejemplo, el procedimiento escrito. Tomó del derecho romano, que sólo ella conocía primeramente, todo lo que encontró más en armonía con sus principios y con su espíritu, que el clero comenzó á recomendar en Alemania. El estudio de la antigüedad y la autoridad del buen sentido favorecieron al derecho romano en los tiempos modernos, y si el derecho canónico trató de relegar al olvido al derecho civil ó romano, fué despues de explotarlo mucho. La jurisprudencia no dejó de consultar este precioso oráculo desde que recobró su autoridad.

No considerando el derecho canónico sino en sus relaciones con las costumbres penales de los bárbaros, todavía en vigor, cuando los prelados y sus subordinados se encargaron en la época de la primera rama de nuestros reyes, y particularmente bajo los de la segunda, de administrar justicia en union ó á falta de los condes, se le encuentra en muchos casos superior al primero. Si, por otra parte, bajo algunos puntos de vista era inferior al derecho romano, esta inferioridad no se ocultó á los príncipes ilustrados, áun á los más favorables á la Iglesia; tanto que San Luis le dió autoridad en su reino, siendo esto ménos exclusivo y mereciéndo más de la civilizacion que el papa Honorio III (1).

---

(1) Ademas de las obras citadas, consúltese todavía sobre la jurisdiccion eclesiástica: Rosshirt, *ob. cit.*, t. I, p. 171-182; Cibrario, *ob. cit.*, t. I, p. 147; Walter, *Juristische encyclop.*, p. 188, 291, 352, 395; del mismo modo, *Lehrbuch des Kirchenrects,* etc.; *Historia del derecho eclesiástico francés,* 2 vol. (Du Boulay); Fleury, *Institut. al derecho eclesiast.*; Hericourt, *Leyes eclesiásticas de Francia*; Van Espen, *Jus ecclesiasticum universum*; Corvinus, *Jus canonicum per aphorismos strictim explicatum.*

CAPITULO VI.

DEL NÚMERO DE JUECES EN LOS TRIBUNALES CRIMINALES.

SUMARIO.

1. El número es aquí una garantía de independencia, probidad, buen sentido, consideracion y autoridad.—2. Se temería el juicio de uno solo, sobre todo de un igual; se preferiría en general el de un superior.—3. Tambien los tribunales populares se componen de muchos jueces.—4. Esta condicion de buena justicia es quizá ménos necesaria en las monarquías absolutas.—5. Aun en ellas, si hay una aristocracia poderosa é insolente, se necesita para formar tribunal un número respetable de jueces.—6. Ejemplo de lo que pasaba en la época de Luis XIV.—7. Conclusion.

El juez único que desearía Bentham, valdría más siendo bueno, bajo el punto de vista del buen sentido y de la ilustracion, que el juez colectivo; pero se le corromperia con más facilidad, y la responsabilidad moral sería mayor y muy pesada para un solo hombre, necesitándose un carácter heróico para desempeñar dignamente semejantes cargos. Estos caracteres son siempre raros, y es imposible, pensando sériamente, dar á un indivíduo aislado funciones tan graves. Sería exceder á la monarquía absoluta el crear un solo juez, libre de los atractivos del interés, y si no cedía á estos, triunfaría quizá muy difícilmente de los de otra especie.

Ademas, el génio más grande tiene sus distracciones, sus momentos de olvido, sus extravíos, sus debilidades y caidas, como los espíritus medianos tienen su lucidez, su rectitud, su firmeza y su fuerza. Estas cualidades se encuentran sobre todo con la circunstancia del número; y esta circunstancia es por sí sola un poder á los ojos del pueblo, y por consiguiente una razon de autoridad, una causa de respeto y de sumision.

A pesar de la máxima innata á la desconfianza y al orgullo humano, que se expresa al decir que nadie debe ser

juzgado sino por sus iguales, el pueblo, el verdadero pueblo, rara vez se contenta con uno de sus iguales para que sea su juez. Tiene más fé en un superior único que en un igual: el rango para él significa más que el número. En las repúblicas democráticas, los tribunales populares son más ó ménos numerosos. No podía suceder lo mismo en la Edad Media, en tiempo del feudalismo, al ménos cuando se trataba de juzgar á un vasallo, el cual no podía tener otro igual si no se le comparaba con otro vasallo de otro señor feudal; entónces un tribunal no podía componerse sino de dos hombres. Los *Establecimientos* de San Luis exigen tres al ménos, y algunas leyes han exigido cuatro: estas funciones eran una de las cargas del yugo feudal como el servicio de las armas.

En las monarquías, todavía más que en las aristocracias, el número de jueces puede ser más limitado, porque la autoridad de quien emana la justicia es la más elevada, y se la cree, por consiguiente, más ilustrada, más poderosa é imparcial.

En Aragon, un magistrado superior, llamado *Justicia*, estaba encargado de la administracion de justicia, y debió suceder á una especie de jurado formado de *ricos hombres:* parece que no fué anterior al siglo XII. En tiempo del Consejo formado por los *ricos hombres*, el *Justicia* se limitaba á recoger los votos y á pronunciar su sentencia más bien que la suya propia. La dignidad de esta funcion, la superioridad de los hombres que sucesivamente fueron investidos de ella, la necesidad de oponer esta magistratura á la arbitrariedad del príncipe y á las pretensiones de los tribunales eclesiásticos, la elevaron mucho en la opinion, y sus asesores acabaron por ser sus consejeros. En 1348 las leyes dieron tal latitud á su autoridad, que ningun Estado pudo gloriarse de tener tan poderosas garantías contra la opresion: si era inamovible, si sus poderes eran en muchos casos superiores á los del mismo rey y á los de sus dependientes, en compensacion respondía de sus sentencias, y podía ser sometido á un tribunal de informe, compuesto de cuatro personas elegidas por el rey entre las ocho que presentaban las Córtes. Dábase r lacion por este Tribunal de la conducta del *Justicia* á los cuatro órdenes de que se componían las Córtes y que sentenciaban en última intancia. En 1461 se creó un Tribunal de diez y siete personas encarga-

das de recibir las quejas contra el *Justicia*. Muchos cambios se introdujeron despues en este tribunal.

En Hungría, hasta el siglo XIV, un juez recorría todo el país en cierta época del año y administraba justicia (1).

Pero bajo un régimen más despótico, cuando hay en un país una aristocracia dispuesta á hacerse superior á todas las leyes, un juez único, un tribunal que no imponga por el número, sería impotente. ¿Qué autoridad ha sido mayor que la de Luis XIV? y sin embargo, ¡cuántos crímenes quedaban impunes por la debilidad ó corrupcion de sus tribunales!

El Parlamento de París, en sus sesiones extraordinarias, á pesar de la omnipotencia de que estaba revestido, á pesar del apoyo especial del rey, de la autoridad del nacimiento, del rango y del número, apénas podía juzgar á ciertos culpables (2).

Es un bien que los tribunales se compongan de mucho jueces para que el error y la injusticia no tengan fácil acceso; lo es tambien que las funciones judiciales no sean cargos venales, y que todo hombre, considerado capaz y honrado, pueda aspirar á ellas; y será un bien más real cuando el mérito y la honradez las obtengan con más seguridad.

---

(1) Macieiowski, t. II, p. 85.
(2) Véase los *Grands-Jours de Auvergne*, por Flechier.

CAPITULO VII.

DE LA COMPETENCIA EN MATERIA CRIMINAL.

SUMARIO.

1. Bases de la competencia.—2. Incompetencia absoluta y relativa. 3. Una sola clase de tribunales criminales bastaría en rigor para todos los delitos.—4. Excepcion.—5. Multiplicidad de tribunales criminales en Atenas, áun para los de la misma naturaleza; su competencia diversa fundada sobre las variedades en las mismas especies de delitos.—6. Costumbre análoga en Roma.—7. No sucede así en los pueblos modernos.—Los tribunales de cada localidad tienen una competencia general, al ménos preliminarmente y en primera instancia, y la competencia depende sobre todo del lugar del delito.—8. Leyes españolas sobre esta materia.—9. Oposicion inversa entre el número de los tribunales y la extension moral de su competencia.—10. Justa proporcion intentada en la Edad Media por Dinamarca.—11. La solucion de la cuestion depende mucho de la naturaleza más ó ménos ecualitaria de los elementos sociales.—Consecuencia.

Se pueden distinguir diferentes esferas de atribuciones judiciales en materia criminal. De ahí la competencia y la incompetencia. La primera puede ser determinada por el *lugar* en que se ha consumado el delito, por la *naturaleza* del delito, por la *cualidad* del acusado, y por *la conexion* de las materias.

La incompetencia es absoluta cuando tiene su razon en alguna de las condiciones restrictivas precedentes. Es relativa cuando resulta de las posiciones especiales que pongan restricciones á la competencia ordinaria: tales son la devolucion de una demanda, la concurrencia ó prioridad en el acto de entender en un delito, cuando dos ó más jueces son indiferentemente llamados á entender en él ó el acto de apoderarse subsidiariamente de un negocio por falta de accion en el juez llamado á intervenir, la recusacion, la intervencion de partes, la evocacion y la reglamentacion de los jueces.

Se puede tener una sola clase de tribunales criminales destinados á juzgar todos los negocios, desde las simples

faltas de policía hasta los crímenes propiamente dichos. Sólo en este último caso podrían agregarse de hecho los jueces. La diversidad de jurisdicciones no es necesaria; muchos códigos modernos no la admiten, y si la admiten es más bien fundándose en la naturaleza diferente de los delitos que en sus grados diversos de gravedad.

Hay que hacer excepcion de los delitos políticos, que por el número y cualidad de los acusados, por la significacion del partido á que pertenezcan, exigen un tribunal extraordinario por la cualidad, residencia y número de los jueces, áun cuando sea ordinario en cuanto á los principios y no en cuanto á las circunstancias. Se puede establecer que, si la tranquilidad pública lo exige, comparezcan los acusados ante tribunales diferentes á los de su distrito; pero en todo equivalentes y aun semejantes. De este modo no se les priva de sus jueces naturales, sobre todo en un país en que todos los ciudadanos son iguales. Este medio debe emplearse con reserva.

Pero en una localidad determinada, por numerosa que sea la poblacion, no hay necesidad de distinguir muchas competencias diversas: si la multitud de negocios lo exigiese, podrían aumentarse los tribunales, asignarles circunscripciones, pero no distribuirles los negocios en razon á la naturaleza que los distingue.

Ha llamado mucho la atencion la multiplicidad de tribunales que había en Atenas. Ademas del Areópago, el más antiguo y célebre de todos, y que reunía á atribuciones judiciales muy extensas funciones administrativas y de policía, había otros diez, cuatro encargados de entender en casos de homicidio, segun que se cometían sin necesidad de legítima defensa, en propia defensa ó en caso de adulterio, ó si había sido causado por un objeto inanimado (1)

Uno de los tribunales, el del Prytaneo, formaba una especie de proceso á las cosas que habían servido para cometer el homicidio ó que habían sido ocasion accidental.

El ciudadano acusado de homicidio involuntario, era llevado al tribunal de Palladium επὶ παλλαδίῳ y condenado á destierro hasta satisfacer á la familia del muerto por medio de una indemnizacion pecuniaria llamada ποινή considerada

---

(1) Robinson, *Antigüedades griegas*, t. I, p. 165-169.

como precio de la sangre (1). Al ver el exceso de tribunales, sabiendo ante todo cómo se componían, cómo los ciudadanos pobres buscaban los cargos judiciales, ocurre preguntar, si no se establecían más bien para satisfacer las necesidades de los jueces que las de la justicia.

Una práctica semejante, en cuanto á la multiplicidad de tribunales en razon á su competencia, existía tambien entre los Romanos que debieron copiarla de los Griegos (2).

En la mayor parte de los pueblos modernos, la principal y casi única razon de competencia está tomada del lugar del delito. Pedro de Fontaine decía que los malhechores debían ser juzgados donde habían cometido el crímen ó donde habían sido cogidos infraganti, á no ser que reclamasen el conocimiento del juez, por ejemplo, si eran desterrados (3). El lugar del delito es en principio atributivo de jurisdiccion y ésto se concibe por muchas razones: por la facilidad de informarse convenientemente de las circunstancias del delito, por la rapidez deseada en los procedimientos judiciales, por la utilidad de dar satisfaccion á la moral pública en el mismo lugar en que ha sido ultrajada, y en fin, por un interés financiero.

En España, si el lugar del delito no era el mismo que el del domicilio del acusado y el juez del primer distrito pedía á su colega del otro que le remita el acusado, éste no era trasladado si el delito no merecía pena corporal, ó si la persecucion tenía lugar por vía de acusacion en caso

---

(1) El tribunal de los Heliastes, el más célebre y, despues del Areópago el tribunal popular más concurrido, contaba hasta 6.000 miembros elegidos del pueblo. y entendía en los más importantes negocios: ántes de exponer su decision, se comprometían los jueces por medio de un solemne juramento á no recibir presente alguno, á escuchar con imparcialidad á ambas partes, y á oponerse con todo su poder á la introduccion de una nueva forma en el gobierno. El cargo de juez en los diferentes tribunales era una mision anual; ni era empleo ni cargo de magistratura, sino comision temporal asalariada, cuyas utilidades salían de las multas que las partes debían pagar ántes de las demandas: la que perdía, indemnizaba á la otra de este primer gasto. Esta suma depositada variaba segun la importancia pecuniaria del asunto.

(2) *Ensayo sobre las leyes criminales de los Romanos*, por M. Ed. Laboulaye, p. 187 y 188.

(3) La ou li crime sont fait doivent li maufetor estre jugié. C'est voirs par nostre usage s'il est pris ou présent forfait (flagrant délit), ou la ou li plez est entamez sanz revoer cort avenant ou la ou cil son trové qui forfirent: voirs est s'ils sont eschivé (exilé). (*El Consejo de Pedro de Fontaine*, édic. 1846, p. 362).

contrario. Siendo los Alcaldes de Córte jueces supremos en materia criminal, no debían entregar al acusado en ningun caso. A pesar de estas excepciones, el principio de la ley española era que el lugar del delito sea tambien el lugar de la jurisdiccion (1), ó el del domicílio del acusador si el acusado consentía en ello, ó el lugar del domicilio del acusado, ó el de su principal residencia.

Cuando más se multiplican los tribunales, más difícil es darles atribuciones completas tanto en lo civil, como en lo criminal. La buena administracion de justicia exíge que el ojo y la mano de un poder protector estén en todo, y en todos los puntos del territorio; pero tambien quiere que el ojo vea bien, que nunca se cierre, y que la mano no sea demasiado débil, ni demasiado fuerte, ni torpe; de donde resulta un medio difícil de obtener.

En la Edad Media, intentaron los Daneses una combinacion bastante feliz. En los campos había los *herredsting* y los *landsting* (*ting*, tribunal de justicia), y las ciudades tenían sus tribunales particulares (*byting*). Pasó cierto tiempo ántes de que los *herreds* se sometiesen al *landsting* como á un segundo grado de jurisdiccion; la diferencia entre estos dos tribunales consistía en la importancia y extension de sus atribuciones; los asuntos más importantes se llevaban al *landsting*, los que no tenían tanta al *herredsting*, al ménos en Scelandia. En el mismo país los tribunales se componían de doce jueces, y en algunas circunstancias de veinticuatro (2).

En tiempo de Cristóbal II (1320), había en Dinamarca cuatro clases de tribunales: 1.°, *l'herredsting ou sysselting*; 2.°, *el landsting*; 3.°, *el kongens retterting* (tribunal criminal del rey); 4.°, en fin, la córte de Dinamarca, tribunal de la nobleza, y más tarde consejo del rey y del reino. A estos diferentes tribunales pertenecían todos los asuntos que no juzgaban los *nœvninger* y los *sandemœnd*, porque para éstos el obispo y los jueces elegidos por él decidían en segundo y última instancia. Los asuntos eclesiásticos se juzgaban por tribunales eclesiásticos y episcopales (*kjilderting*) y eran necesario, segun el derecho de Jutlandia, siete jueces al mé-

---

(1) Asso y Manuel, *ob. cit.*
(2) Kolderup, *ob. cit.*, § 71, p. 136.

nos para constituir un tribunal (1). En el siglo XVI se contaba todavía: 1.°, el tribunal de la ciudad; 2.° *l'herredsting*, 3.°, *el landsting*; 4.°, del consejo el rey y del reino (2).

Bajo el punto de vista de la competencia, el procedimiento criminal debía simplificarse con las posiciones sociales. Es evidente que una sociedad compuesta de clases muy distintas, donde nadie quiere ser igual á otro, donde forma el clero sociedad aparte, así como la nobleza, la burguesía y el pueblo (*plebs*), donde ninguna clase quiere depender de otra, donde cada categoría se distingue de todas las demás en la misma clase, donde el obrero tiene sus corporaciones, su gerarquía y sus privilegios, donde todo está ordenado, y nada mezclado para no ser confundido, es evidente, decimos, que semejante sociedad debe experimentar muchas más dificultades en la organizacion de la justicia que una sociedad regida por una ley única, que á nadie exceptúa, y que sólo ve en cada uno de los miembros de la gran familia un ciudadano y nada más.

Cuanto más se aproximan á la igualdad, y sobre todo, cuando la obtienen, hacen marchar los pueblos modernos al mismo paso las instituciones secundarias que se unen, como consecuencias necesarias, á la institucion principal, á la constitucion: tal es la organizacion de la justicia, y todo lo concerniente á competencias (3) en esta organizacion.

---

(1) Kolderup, *ob. cit.*, § 71, p. 235.
(2) *Ibid.*, p. 302, 328.
(3) Esto es lo que resulta de la relacion de la competencia tal como existía en Francia bajo el imperio de la ordenanza de 1670 y como existe hoy. V. Pothier, *Tratado del Proc. crim.*, secc. I, art. II, § I-IIV.

CAPITULO VIII.

DE LA COMPETENCIA EN MATERIA DE DELITOS INTERNACIONALES Y BAJO EL PUNTO DE VISTA DEL DERECHO INTERNACIONAL.

SUMARIO.

1. Cómo pueden tener lugar estos delitos.—2. Exámen de estas diferentes hipótesis.—3. De la aplicacion de las leyes penales de un país á un ciudadano de otro país.—4. Extension de la jurisdiccion de un país.—5. *Quid* de los paises que confinan con el mar—6. De las colonias—7. De los ejércitos en campaña—8. De los representantes de otras naciones—9. El delincuente juzgado por una nacion extranjera puede ser acusado en su país?—10. Un país debe castigar á sus naturales culpables de delitos en el extranjero, y refugiados en su patria?—11. *Quid* si el refugiado es extranjero?—12. De la demanda de extradicion para aplicar una sentencia criminal.—13. Algunas de las cuestiones precedentes pertenecen al procedimiento criminal.—14. Nociones universales de derecho internacional.

Los delitos internacionales pueden tener lugar de gobierno á gobierno, de gobierno á particular, de particular á gobierno, ó de particular á particular.

En el primer caso, y áun en el segundo, la diplomacia es la que está llamada á conciliar la cuestion. Si no logra su objeto, se sufre la injuria ó se declara la guerra, y entónces los derechos de procedimiento y juicio no son otra cosa que los de la guerra y tratados de paz. Aquí no debemos ocuparnos de esto.

Si un particular comete un atentado contra la cosa pública de un país extranjero, dicho particular es digno de la pena que impone la justicia criminal ordinaria. Toda la dificultad consiste en saber si esta justicia debe ser la de su país ó la de la nacion á que ha ofendido. Si ántes de haber sido sentenciado ha podido ganar la frontera de su patria, ó si ha consumado el delito sin entrar en territorio extranjero, no podría ser buscado y cogido en su país por los agentes de la fuerza pública de otro sin que hubiese violacion de territorio; sería ademas contrario á la dignidad de una nacion, y á la proteccion que debe á sus regnícolas, entregar-

los á la justicia, y quizá al resentimiento de otra nacion. Pero de todos modos está interesada en no permitir que sus ciudadanos ultrajen impunemente á las potencias extranjeras; debe impedir ó castigar tales acciones segun las leyes nacionales. No está obligada á aplicar las del país ofendido; vengando las injurias ajenas como las suyas propias, da una prueba de imparcialidad y de justicia. Si las leyes criminales de la nacion ofendida fuesen ménos severas respecto á un delito que las del país del culpable, se le podrían aplicar con preferencia, pues si tuvo lugar la sentencia en el mismo país en que se habia cometido el delito, debió aplicarle las leyes de este país, consideradas suficientes para la satisfaccion penal. Es hacer bastante para vengar una injuria recibida por una potencia extranjera, imponer al culpable regnícola las penas que las leyes de esta establecen.

Y lo mismo sucede si el delito tiene lugar de particular á particular: es decir, que el regnícola no será entregado, sino juzgado y castigado como si hubiese cometido el delito en su propio país, salvo el caso en que las penas impuestas por la legislacion criminal extranjera fuesen más moderadas.

Si el delincuente es sentenciado en un país extranjero cuyas leyes ha violado, se hace digno de las penas reservadas por estas mismas leyes á los que las infringen, sin distinguir el castigo que hubiesen sufrido en su patria. El que llega á un país, si reside en él algun tiempo, sabe ó debe saber que no puede promover impunemente el desórden y que debe, por el contrario, pagar la hospitalidad recibida con un proceder honrado, como en su país ó en cualquier otro. Todo extranjero representa el honor de su nacion, y debe hacer que sea respetado su país en su propia persona, y está obligado, hasta cierto punto, á respetar los derechos de humanidad, no debiendo hacer nada que debilita los sentimientos de benevolencia universal entre los hombres.

Pero como cada nacion tiene sus leyes propias, que no puede ni quiere variar á gusto de cada uno, el que visita un país extranjero se somete naturalmente al régimen de este país y á sus demás costumbres, por ejemplo, al régimen culinario. Si lo encuentra demasiado fuerte que se quede en su casa ó que solicite un privilegio (1). Pero puede haber allí leyes de policía ú otras tan sigulares, tan poco na-

(1) La competencia del juez del lugar está universalmente reconoci-

turales, que sean exclusivamente propias del país, y no tener otra razon de ser que circunstancias pasajeras. Entónces es deber de las autoridades prevenir, si hay lugar, á los extranjeros, para que se sometan á una exigencia local ó temporal.

Esta advertencia sería poco necesaria cuando no hubiera otro motivo que una pena excesiva impuesta á un delito universalmente reconocido y que no tuviera el mismo carácter de gravedad en las demás naciones. La razon está en que nadie debe cometer una injusticia, sea cual fuere la pena, severa ó leve. El que medita un delito, debe saber á lo que se expone; y debe respetar la prudencia y la justicia; el sentido comun le aconseja una de estas cosas, y le crea un deber en la otra.

El derecho sería el mismo si un extranjero se hiciese culpable para con otro extranjero, fuese ó no su compatriota. El que visita un país extranjero debe obediencia á las leyes, pues se ampara en ellas y espera la proteccion de los magistrados cuya autoridad reconoce y respeta. Para él los demás extranjeros son como los regnícolas y como él mismo en este caso: todos son súbditos del Estado cuya hospitalidad aceptan. Importa ademas al Estado hacer reinar el órden en su seno y hacerlo respetar por los mismos extranjeros y áun entre ellos. Un crímen de esta naturaleza que quedase impune, sería, no sólo un mal ejemplo para los regnícolas, sino un cálculo errado; no se desearía visitar á una nacion sin policía, sin leyes, sin magistrados para los extranjeros; en el seno de las más populosas ciudades habría ménos seguridad que en los bosques ó desiertos más nombrados.

Añádase que el fuerte debe socorrer y proteger al débil, y que el poder constituido de un Estado es ese hombre poderoso para con el extranjero que ha venido á visitarle: la proteccion, pues, es un deber de humanidad.

La extension de la jurisdiccion de un país no tiene otros límites que los de su territorio; pero hay un territorio real y otro ficticio. El primero está circunscrito por la línea limí-

---

da, y lo estaba ya entre los Romanos. (V. *Tratado de la instruc. crim.*, por M. Faustin Helie, t. II, p. 497). Ademas, el extranjero que va á violar el derecho de un país, sea aquél colectivo ó individual, comete un acto de hostilidad: el que lo sufre tiene derecho á defenderse, y lo ménos que puede hacer es tratar al extranjero como trataría á un malhechor ordinario sometiéndole á la justicia de la localidad.

trofe que le rodea, la cual no está exactamente trazada á orilla de los mares. ¿Qué vamos á decir de las colonias, de los edificios del Estado ó del comercio, de los ejércitos que están en otro territorio, y de los representantes de las naciones extranjeras?

Sobre la primera de estas cuestiones se ha convenido más ó ménos generalmente en que las costas del mar, y la parte que cubren sus aguas, pertenezcan á la nacion próxima hasta la distancia de cerca de dos leguas; otros dicen que á la distancia de un tiro de bala, que se mediría por el alcance de un cañon colocado á la orilla.

Las colonias, hasta que estén autorizadas á regirse por leyes especiales ora se haya proclamado positivamente esta autorizacion, ora sea consecuencia de la práctica, están sometidas á las leyes de la metrópoli, y su territorio es considerado el mismo de la madre pátria, teniendo ademas sus magistrados y tribunales.

Los navíos que pertenecen al Estado ó á particulares, deben enarbolar la insignia de su nacion y ser respetados como parte del territorio de donde han salido. La ley del país, salvo las excepciones necesarias segun las circunstancias, excepciones reguladas por códigos especiales, rige al personal de las embarcaciones. Aquí se hace una doble distincion, segun que estén en alta mar ó en aguas de una nacion, ó entre buques de guerra ó de comercio. «Los crímenes y delitos cometidos *en alta mar*, á bordo de buques de guerra ó aunque sean mercante, se les considera como si se hubiesen cometido en el territorio del Estado á que pertenece el buque, y su jurisdiccion es la única competente para juzgarlos; pero los crímenes y delitos cometidos en *aguas de otro Estado*, á bordo de buques de guerra ó mercantes, dan orígen á una distincion: los crímenes y delitos cometidos á bordo de buques de guerra, ya por cualquiera de la tripulacion, ó por personas que estén á bordo, son de la jurisdiccion nacional del Estado á que pertenecen: en cuanto á los buques de comercio, no gozan de una exencion tan completa de la jurisdiccion local. Los crímenes y delitos cometidos á bordo por un pasajero contra un marino de la misma nacion, continúan perteneciendo exclusivamente á la jurisdiccion de su país; pero la jurisdiccion local puede intervenir en los cometidos á bordo contra persona extrañas al personal, ó por otro que no sea de él, ó cometi-

do por los del personal entre sí, si se compromete la tranquilidad del puerto, y con más razon, si se cometen en tierra por los marinos (1).»

En cuanto á los ejércitos, donde se encuentran, constituyen parte del país, y están regidos por las leyes comunes y por el Código militar. Esto es evidente si no están fuera del territorio nacional; si han salido de él y ocupan suelo extranjero, son dueños al ménos de la parte que poseen y no tienen que someterse á la jurisdiccion territorial. Como ejércitos enemigos, no pueden reconocerla por dos razones: son soberanos ó forman parte del poder soberano, puesto que el jefe del Estado está llamado á mandar los ejércitos, á declarar la guerra y á firmar los tratados. Ademas, reconocer la jurisdiccion territorial de un soberano á quien se ocupa una parte de sus Estados, sería ponerse á sus órdenes, y por consiguiente, no hacerle la guerra y aceptar su autoridad, porque todo ejército está siempre en su casa, siempre independiente de un poder extranjero, ya sea ejecutivo, ya legislativo.

Queda la cuestion de los representantes de una nacion en países extranjeros. Es cierto que deben ser libres é inviolables, no sólo en cuanto á sus personas, sino tambien en cuanto á su domicilio, y no han podido establecerse sin la condicion de ser tan independientes como lo serían dos soberanos que acordaran verse en un punto de sus respectivas fronteras. Cada uno queda en su casa tratando sus negocios; pero al ser independientes, se sigue que ni uno ni otro puedan abusar de esta independencia para atentar á os derechos públicos ó privados de la nacion del otro soberano. Se sigue, que lo que se llama derecho de extranjería no es el derecho de completa impunidad. Sereis inviolables, sin duda, si respetais mi derecho: este es el principio. Como una nacion es más fuerte que un particular, y la generosidad no se opone á la fuerza; como el principio de extranjería es una ficcion, las garantías dadas á los embajadores son mayores de lo que permite el rigor del derecho: el mútuo interés de las naciones lo ha querido así; cada una se ha desprendido de una parte de su extricto derecho en be-

---

(1) Faust. Hélie, *Tratado de instr. crim.*, II, p. 517 y 518. Véase tambien la obra de M. Th. Ortolan sobre el *Derecho internacional y marítimo*.

neficio de la buena inteligencia y de la paz. Un embajador ó una persona que tenga la mision de representar á su gobierno cerca de otra, no está sometido á ninguna jurisdiccion local para los delitos que pueda cometer en el seno de la nacion que le recibe, salvo el derecho de pedir su relevo y castigo al soberano que lo ha mandado, ó á que le dé órden de abandonar el país. Se puede hasta tratarle por lo pronto como enemigo, si olvidando su mision de paz y de conciliacion, siembra la discordia y la guerra en el Estado que le recibe, poniéndose á la cabeza de un complot ó de un movimiento insurreccional. En cuanto á los agregados à la embajada, pero sin mision especial del gobierno que sirven, en otros términos, en cuanto al personal del servicio, no gozan de la inmunidad de que hablamos, si son regnícolas del país donde está la embajada. Para las personas que están en diferente condicion, hubo un tiempo en que el embajador tenía derecho á juzgarlas, á castigarlas ó hacerlas castigar como hubiera hecho un tribunal de su país; pero esta administracion casi doméstica de la justicia criminal ni es bastante rápida (como á bordo de un navío en alta mar cuando no se puede pedir auxilio á la fuerza pública, ni esperar el momento de poder entregar al culpable), ni está rodeada de suficientes garantías para que se la deba reconocer. El ministro debe limitarse, en materia grave de crímen ó de delito á hacerlo saber á su soberano para que disponga lo que crea conveniente, si èl del país en que se comete el delito no interviene en el asunto, pues está en su derecho, ó si no es advertido por el ministro de la potencia extranjera que está expresa ó tácitamente autorizado para hacerlo. Se comprende, ademas, que toda vez que un gobierno pueda ejercer acto de jurisdiccion contra el personal de una embajada ó contra las personas al servicio de ésta, tiene que observar ciertas formas para prevenir que choque el amor propio de ambas naciones.

Los cónsules ó agentes puestos por un soberano en ciertas plazas comerciales para proteger los intereses de su nacion, no tienen un carácter ministerial tan importante como el de los agentes diplomáticos propiamente dichos, que tienen la mision de tratar en el exterior los grandes intereses del Estado en sus relaciones con los de otras potencias. No representan al soberano que los ha mandado, en toda la plenitud de su poder, y tampoco gozan de los

mismos privilegios; pero si no tienen derecho á inmunidad de jurisdiccion, deben al ménos ser considerados y respetados.

Es inútil decir que si un delincuente ha sido juzgado por la nacion en que se ha hecho culpable, no puede ser acusado en su país por este mismo hecho, haya ó no sufrido la pena; pero si huye ántes de ser juzgado ó despues de haber sido condenado sin sufrir el castigo; si se refugia en su país ó en un país extranjero, ¿deberá ser entregado para ser juzgado ó castigado?

Si el delincuente se ampara en su nacion, ya hemos dicho que allí debe encontrar justicia y no impunidad, y que bajo esta sola condicion se le puede poner á disposicion de los tribunales extranjeros. Se distingue, ademas, si el delito es político ó social, y si se dirige contra la forma de gobierno ó contra sus miembros: en el primer caso, el delito no amenaza à la humanidad, sino solamente á cierto modo de ser del poder ó á su ejercicio por ciertos hombres; pues los poderes son en principio muy fuertes contra los individuos, y á la vez exageradamente severos contra todo lo que atenta á su dignidad ó á su posicion. Se ha comprendido, por consiguiente, que es un acto de humanidad y de justicia, un buen servicio prestado al soberano ofendido, no poner en sus manos al emigrado que trata de evitar su enojo. Por el contrario, en caso de delitos privados de cierta gravedad, es un deber y un interés bien entendido, quitar á los delincuentes toda esperanza de vivir tranquilos á cierta distancia del teatro de su crímen. El principio en esto debe ser la extradicion: si se concede proteccion al culpable, ha de ser por excepcion, y aquélla debe ser más bien dilatoria que definitiva, y ademas, muy limitada. Cada pueblo, en vez de cifrar su gloria en ser cómplice de criminales, asegurándoles la impunidad contra toda justicia, debería comprender que es por el contrario tan honroso como moralmente necesario contribuir al imperio de la justicia universal. Pero por mucho tiempo sólo se ha tenido presente el mezquino interés de humillar á sus vecinos aparentando proteger á los que les ultrajaban: pequeñez con apariencia de grandeza. Si aquel cuya extradicion se pide es extranjero en el país en que ha cometido el crímen ó donde ha pedido asilo, la dificultad es mayor: no es naturalmente protegido por la justa solicitud que le debe su sobe-

rano, ni por la afeccion que le tenga todavía aquel á quien ha ofendido; es, en este doble sentido, un extranjero, un hombre, un desgraciado, el ciudadano de algun país, el miembro extraviado de algun cuerpo social. Para conciliarlo todo, conviene que intervenga su propio soberano, y en caso de que rehuse una ú otra satisfaccion, juzgar á su regnícola ó hacerle juzgar: el Gobierno que atiende á su destino, se decidirá por la justicia tal como la concibe, y será el árbitro necesario entre dos pretensiones opuestas.

En cuanto á la cuestion de saber si se debe admitir á una demanda de extradicion para que la sentencia dada contradictoriamente sea ejecutada, bueno es advertir dos cosas: primera, la extradicion no es en principio sino un asunto de jurisdiccion graciosa ó de relaciones cordiales. Sería lo contrario, si al dar asilo á un criminal, se impidiese una reparacion civil; pero la hipótesis consiste en que trata de evitar la pena. Segunda, el negar la extradicion no viola, hablando con propiedad, un derecho internacional; es simplemente un obstáculo al ejercicio de un derecho de castigo en el exterior. Debe examinarse la oportunidad de la extradicion, que puede depender de muchas cosas: de la gravedad del delito, de su caracter verdaderamente jurídico y reconocido, de la razon, proporcion ó desproporcion entre la pena y el delito, de las garantías de justicia que existen ó no existen. Un regnícola que ha sido juzgado por la autoridad del país en que ha delinquido, y que se ha sustraido á la pena, rara vez es reclamado; tanto peor para el poder ejecutivo sino ha egercido vigilancia. Además, se simpatizaría poco con semejante reclamacion, que parecería dictada más bien por la venganza que por la justicia. Puede rehusarse si la acusacion, la sentencio ó la pena fueren injustas. Por otra parte, sino hay semejante injusticia, sería prudente entregar al emigrado para que no se tomasen en adelante precauciones rigurosas contra la evasion de extranjeros detenidos. Sin embargo, esta consideracion de pura humanidad nunca sería razon suficiente para exponer á un desgraciado que huyera de las prisiones extranjeras, á que recobrara las cadenas que injustamente había llevado: valdría más que fuese castigado en su propio país si lo merecía, y segun la medida que se considere más benigna.

Tales son los principios que rigen ó debieran regir en materia de derecho criminal internacional (1).

El derecho de gentes pasa por el ménos avanzado de todos, porque las naciones no tienen superior comun que las someta á una ley, y entre muchas naciones existen pocos tratados ó ninguno. Y sin embargo, las nociones fundamentales de derecho internacional se encuentran hasta en los pueblos semi-salvajes, ¡tan naturales son! En Nueva-Zelanda, cuando un jefe comete una accion contraria á las costumbres del país ó al derecho reconocido, los vecinos se reunen y lo castigan, ya despojándole en todo ó en parte de sus propiedades, ya maltratándole é hiriéndole. En estos casos, el pueblo participa de la suerte de su jefe y sufre tambien las consecuencias de su falta. Los jefes deciden tambien sus querellas apelando á las armas por una especie de juicio de Dios, que tiene lugar en presencia de los guerreros y jefes de las naciones vecinas, reunidas para ser mediadores ó jueces, segun las costumbres del país (2).

---

(1) Se puede ver, en cuanto á la parte positiva de este ramo del derecho, la excelente obra de Foelix, *Tratado de derecho internaciona-privado*; y la disertacion premi da de M. Sapey; *Los extranjeros en Francia bajo el antiguo y nuevo derecho.* Una relacion de M. Ortolan, á nombre de la Facultad de derecho de París sobre la modificacion proyectada del art. 7.° del Código de procedimientos, modificacion que tendía á castigar al francés ó extranjero que despues de cometer un crimen en país extraño contra un francés ó extranjero, fuese sentenciado en territorio francés: la facultad de París es de parecer, en una palabra, que se castiguen los delitos privados llamados *exterritoriales, Rev. de législ.*, t. XXVIII, 1847, p. 198-227. V. tambien Joann Rudolf van Eerde, *Dissertat. inaugural.*, *De delictis a civibus extra civitatem suam commissis eorumq. puniendor. ratione;* Groning., 1824. El autor principia exponiendo la opinion de los que han escrito ántes que él sobre el mismo objeto; los clasifica y discute (p. 6-18); expone despues su modo de ver segun que el delito se ha cometido contra un compatriota ó contra la patria, ó bien contra un ciudadano de otro Estado, ya pertenezca al Estado en que se ha cometido el delito ó á otro, ó bien contra el Estado del país en que se encuentra ó contra algun otro (página 18-74). Pasa despues al procedimiento (p. 74-120), sobre todo al procedimiento francés (p. 83-88, 93-120). V. tambien Henr. Wheaton, *Elém. de dr. intern.*, t. I, c. 2.

(2) Dumont d'Urville, *Viaje de Astrolabe*, t. II, p. 423.

CAPITULO IX.

DE LOS GRADOS DE JURISDICCION.

SUMARIO.

1. La delegacion del poder judicial supone la reserva del derecho de revision ó de apelacion.—2. Tres maneras principales de concebir la apelacion.—3. El derecho de apelacion es poco esencial; cuándo es más necesario su sostenimiento, cuándo lo es ménos. —4. El despotismo que juzga no sufre apelacion.—5. A pesar de todo, es preferible reconocer el derecho de apelacion, sobre todo en materia criminal.—6. La apelacion era accidental en los tiempos antiguos; se conoció tarde en Roma como medida general.—7. Lo que era bajo el régimen feudal.—8. La Monarquía introdujo en ella grandes mejoras.—9. Grados excesivos de jurisdiccion.—10. Estos grados se han reducido, á la vez que se ha generalizado la apelacion.—11. Simplificacion mayor todavía en la organizacion judicial, bajo el punto de vista de la apelacion, por lo que ha ocurrido en las sociedades constitucionales modernas.

Todo poder que delega algunas de sus atribuciones se reserva naturalmente el derecho de vigilar su ejercicio, de corregir los errores que pudieran cometerse por los depositarios, y en caso necesario, el de deponerlos. El pueblo, los grandes, los reyes, los soberanos pontífices, investidos del derecho de juzgar, debieron reservar á los reos el derecho de apelacion. Así al ménos lo entienden los pueblos, toda vez que ven una autoridad tutelar superior á la que los juzga: cuando son mal juzgados, exclaman involuntariamente: «¡si el rey lo supiera!» Lo sabía en los primeros tiempos, cuando tenía menos cuidados, ó en ocasiones realmente extraordinarias: más tarde se vió obligado á nombrar tribunales superiores para examinar en su lugar y en su nombre las sentencias de los tribunales inferiores (1), ó al ménos para

(1) No hay que confundir la *diversidad* de jurisdicciones ó competencias con los *grados* de jurisdicciones; hay en el primer caso coordinacion, en el segundo subordinacion; puede haber en esto una sola especie de tribunales á los cuales competan los delitos de todo grado y naturaleza, sin que sus sentencias sean definitivas; puede haber tambien muchos tribunales en cierto modo superpuestos, pero de tal modo orga-

hacer revisar una sentencia por el tribunal que la ha dado, ó por otro del mismo órden.

Un tribunal se desmiente con dificultad; su amor propio está interesado, su autoridad demasiado empeñada en que este género de apelacion no sea útil ni frecuente. Por otra parte, los tribunales de la misma categoría que estuviesen llamados á intervenirse mútuamente, podrían muy bien anular ó confirmar los unos las sentencias de los otros de una manera sistemática ó apasionada (1). Esta organizacion judicial relativa á la apelacion, es incomparablemente ménos sábia que la que somete los tribunales cuyas sentencias pueden ser revisadas, á otros superiores que inspiren mas confianza por las mayores garantías que ofrecen.

Estas y otras muchas combinaciones no son sino cuestiones de organizacion, medios muy importantes de ejecucion, pero que nada tienen de esencial, ni que afecte á los principios absolutos. Lo mismo sucede con la formacion de los tribunales, bajo el punto de vista de la moralidad y capacidad. La opinion pública, en particular la de las corporaciones judiciales, podría ser consultada y seguida con éxito en el primer concepto, y sería bueno seguirla en el segundo. Pero la institucion de concurso especial ó

---

nizados, que los superiores nunca puedan juzgar inmediatamente los asuntos que deban en un principio llevarse ante los inferiores, que no puedan juzgarlos sino por apelacion: puede ocurrir tambien que entre tribunales que tienen jurisdicciones diversas, segun la gravedad de los casos, los unos puedan accidentalmente pronunciar sobre lo ménos, aunque por su destino estén llamados á ejercer sobre los más, á fin de evitar consultas, dilaciones y gastos: de este modo los tribunales pueden muy bien castigar un delito, una infraccion, cuando creyeran ser de su competencia un asunto criminal.

Hay que distinguir todavía los tribunales investidos de una jurisdiccion superior, llamados por consiguiente á fallar sobre el fondo de la cuestion, á juzgarla de nuevo, verdaderos tribunales ó centros de apelacion, y los tribunales que no tienen otra mision que comprobar la obra de los jueces inferiores, sancionarla si les parece conforme al espíritu de la ley, ó devolverla íntegra á los tribunales del mismo órden si les parece mala; esta especie de tribunal, creado para la formacion y sostenimiento de la sana inteligencia y práctica de las leyes, es una institucion disciplinaria y reguladora, cuyas atribuciones *sui géneris* no permiten lógicamente que se lo considere como un tercer grado de jurisdiccion.

(1) La apelacion en sí misma nada tiene de esencial, porque es tanto ménos necesaria, cuanto más cuidado se tiene en la composicion de los tribunales; organizad perfectamente la justicia, suprimid la apelacion, pero conservando la sala de casacion en interés de la unidad, y sobre todo de la legalidad de la jurisprudencia, y los reos nada habrán perdido con esto.

la obtencion de grados concedidos por los jurados de inflexible severidad, nos parecería más propio para poner en evidencia la verdadera capacidad.

El despotismo erigido en juez no admite apelacion. Tambien el pueblo sufre rara vez que sus sentencias sean discutidas: por su inconstancia varía la jurisprudencia y él mismo se contraría; pero no quiere que nadie lo haga sino él. Sin aspirar á la infalibilidad, está poco dispuesto á creer que un corto número de individuos sepan más que él, sobre todo en materia de sentimiento ó en aquello que la opinion pública está más bien llamada á hacer la ley que á seguirla: se arrepentirá quizá, hasta reconocerá su error ó su injusticia; erigirá estátuas á Sócrates despues de haberle condenado á beber la cicuta; pero no permitirá que su sentencia se anule ó que se prescinda de él por completo.

Á pesar de todo, es decir, teniendo en cuenta las imperfecciones de los hombres y de las instituciones, la apelacion es un progreso, sobre todo en materia criminal, donde el error puede ser capital é irreparable: las instituciones que la han consagrado, nos parecen superiores á las que la han hecho imposible ó no han advertido su utilidad.

La única apelacion que se practicaba en un principio en Roma era la que se hacía al pueblo en las causas capitales: en la época de los emperadores, la apelacion fué facultativa en todas las causas, excepto en los casos de homicidio, adulterio, envenenamiento, hechicería y rapto, á no ser que se presentasen pruebas favorables al acusado: repugnaba al soberano ocuparse del que era perseguido y condenado con pruebas evidentes, y despues de estar convicto de crímenes muy graves (1). Se podía apelar la sentencia de todos los jueces, excepto la del prefecto del pretorio; y los emperadores, para fomentar el ejercicio de este laudable derecho, aseguraron por una parte á los condenados, y por otra calmaron la susceptibilidad de los primeros jueces; castigaron á los magistrados que rehusaban atender la apelacion, y se admitió que un tercero apelase la sentencia que aceptara el condenado (2).

En los primeros siglos del imperio, la apelacion se hacía

(1) Cod. Théod., l. 1, t. 36, l. XI.
(2) C. Théod., *De appellat.*, *De his qui per metum*; l. 6, D., *De appellationib.*

ante el príncipe; pero el excesivo número de negocios hizo que se delegase el conocimiento en los *judices sacri*: el emperador se reservó la revision de las sentencias dadas por los jueces superiores asimilados á los *sacri*, á saber: los *judices clarissimi* (presidentes de provincias), *illustres* (prefectos del pretorio), *spectabiles* (los prefectos de la ciudad, los procónsules de Africa ó de Asia): todavía se limitó esta apelacion por Teodosio y Valentiniano, y más tarde por Justiniano (1).

Bajo el régimen feudal, cuando todo respiraba violencia, la apelacion era una provocacion al combate, dirigida á los jueces de quienes creían tener queja; la apelacion se hacía contra los pares que habían figurado en los tribunales, y no contra el señor; el par llamado á la lucha no estaba obligado á dar seguridad de su presencia en el dia marcado; si era vencido, ni perdía la vida, ni los miembros, ni se hacía acreedor á multa; anulábase el procedimiento, y el señor perdía su derecho de justicia en el negocio (2).

La apelacion, como se ve, era entónces tan racional y auténtica como la primera sentencia; no porque no hubiese en estas prácticas medidas racionales, por ejemplo, la precaucion que se tomaba para que el apelante no tuviese que combatir á todo el personal de un tribunal: estos loables detalles que han hecho decir á Montesquieu «que hay locuras sufridas de una manera muy sabia,» no evitan el vicio de la institucion.

La autoridad real introdujo en este procedimiento de apelacion, como en el de primera instancia, más de una mejora; centralizó la apelacion en sus manos ó en las de sus tribunales y la sometió á pruebas verdaderas (3).

Antes de San Luis, la Monarquía no fué bastante poderosa para hacer estas reformas, aun cuando fuese bastante sabia é ilustrada para conocer sus verdaderos intereses; pero le faltaba más bien sabiduría que poder, porque hubiese podido en un principio hacerlo como lo hizo San Luis en la esfera de su jurisdiccion inmediata y absoluta.

Si en mucho tiempo no hubo apelacion digna de este nombre bajo el régimen feudal en Francia, no sucedió así

(1) C., *De appellationib.*, I, 32-39. V. Sigonius, *De publicis judiciis*.
(2) V. Montesquieu, *Espíritu de las leyes*, XXVIII, 26, 23.
(3) V. Faustin Hélie, *ob. cit.*, p. 350.

en muchos países del Norte en la Edad Media. En Dinamarca, al ménos desde el siglo XIV, el landsting era á la vez un tribunal de apelacion para los herredstings, y un tribunal de primera instancia en todas las causas en que se trataba de un noble no peligrando su vida ni de su honor. En las causas eclesiásticas los grados eran: 1.°, el preboste del herred; 2.ª, el superintendente; 3.°, el rey. El tribunal soberano, el *Hœjesteret* (*hochste gericht*) reemplaza en adelante al canciller y al consejo del reino, y las apelaciones por negativa de justicia se hacen inmediatamente al rey y á su consejo (1).

En España, no sólo el condenado tenía derecho de apelacion, sino tambien sus parientes. Nada más natural que semejante derecho, sobre todo cuando las leyes y la opinion establecen entre todos los miembros de una misma familia una solidaridad más ó ménos estrecha; había, sin embargo, cosas y delitos en que la apelacion no estaba admitida; los casos en que había delitos de infamia perfectamente probados, y cuando había delito contra naturaleza (*de los delitos famosos que están plenamente probados, ni del pecado nefando*) (2), y esto aun cuando el delito no estuviese plenamente probado. ¿Y cuándo hay prueba plena?

La apelacion se ha generalizado, y los grados demasiado numerosos de jurisdiccion se han reducido en algunos países: tal es el doble progreso que se ha realizado en esta parte del procedimiento criminal. Hay un tercero propio de los países en que reina la igualdad civil, y es que los tribunales de apelacion son iguales en ellos para todos los ciudadanos, mientras que en los países donde no existe esta igualdad, hay dos ó tres justicias paralelas (3). Francisco I trató ya de remediar esta complicacion (4), pero no era tiempo: en nuestra época, los pares tenían privilegios de esta naturaleza (5).

---

(1) Kolderup, *ob. cit.* § 150, p. 302; § 157, p. 328.
(2) Asso y Manuel, *ob. cit.*
(3) La de la clase media, la de la nobleza y la del clero.
(4) En lo civil, los pares no podían ser citados en apelacion sino ante el Parlamento de París; en lo criminal comparecian ante la Cámara de de los Pares.
(5) Cf. Porthier, *ob. cit.* p. 363-370.

CAPITULO X.

DE LA FACULTAD DE INTERPRETAR LAS LEYES Ó LAS COSTUMBRES EN DERECHO CRIMINAL.

SUMARIO.

1. Necesidad de leyes que sirvan de reglas á los jueces.—2. Dos maneras de entender las leyes; una tercera sería su anulacion.—3. Necesidad de seguir la voluntad verdadera del legislador.—Facultad de conformarse á su voluntad probable.—4. Hay que evitar dos excesos.—5. La interpretacion es más ó ménos necesaria, segun la manera con que las leyes se conciben y redactan.—6. Las Doce-Tablas.—7. La jurisprudencia inglesa bajo el punto de vista de la interpretacion: su texto.—8. Latitud dada al juez en Polonia, Suiza y España.

La arbitrariedad es la peor de las leyes. Todo es posible cuando nada está previsto; pero á falta de leyes, casi en todas partes hay costumbres, y si no, hay generalmente un poder superior el juez, que le vigila y le contiene.

Coloquémonos despues fuera de la arbitrariedad absoluta, fuera de las sociedades cuyos jefes no conocen otra ley que su voluntad, y administran por sí mismos justicia, segun una inspiracion pasajera; semejantes sociedades están todavía en una barbarie muy próxima al estado salvaje.

La situacion más ordinaria es la existencia de leyes, costumbres y tribunales establecidos por el soberano para juzgar segun estas costumbres ó leyes, ó al ménos segun prácticas reglamentarias que han creado estos tribunales.

Hay dos maneras de concebir la aplicacion de una ley, segun es material ó espiritualmente literal, ó segun es contraria ó conforme á la intencion probable del legislador. Se ve que no admitimos un tercer modo de interpretar las leyes, que consistiría en ponerse, no en el lugar del legislador, sino por encima de él, é investigar, no lo que ha querido, sino lo que hubiera debido querer establecer.

Hay dos maneras de entender esta máxima: podemos muy bien elevarnos á la voluntad presumible del legislador cuando ninguna razon positiva se opone á ello, sobre todo, cuando disposiciones formales nos invitan y autorizan; ó

atengamos á la letra ó al ménos al espíritu de la ley. Pero el asunto varía al fijarnos en el primer punto, y sin fundarse en la ley misma, bajo el punto de vista en que se quiera suponer al legislador para rehacer su obra, so pretexto de entenderla. Este pretendido principio de interpretacion es un principio de subversion, una puerta abierta á los más escandalosos abusos, pues pone la arbitrariedad del juez en lugar de la inteligencia de la ley.

Basta dar al juez el derecho de interpretar y seguir la voluntad probable del legislador. Puede suceder, en efecto, que la busque cuando está manifiesta, y que se aparte de ella cuando está escura; pero hay una regla superior muy útil en derecho criminal, cual es evitar por medio de la interpretacion, que sea la ley más oscura de lo que parece literalmente; evitar esta censura de Bacon: *Torquere leges ut torqueantur homines.*

Un moralista de la antigüedad dijo con razon que al perdonar á los malvados se perjudica á los hombres de bien: *Bonis nocet quisquis pepercerit malis.* La justicia evita este doble escollo; pero es necesario que pueda hacerlo con esa probabilidad que equivale á certidumbre en la mayor parte de las cosas humanas.

Al tratar de la interpretacion de las leyes en materia criminal, no nos vamos á ocupar de la incertidumbre en cuanto al delito ó su autor; pues se supone siempre que el delito es cierto y que la justicia tiene tambien al culpable en sus manos.

Se trata únicamente de saber si el acto considerado criminal lo es en realidad, ya sea que pase como tal ante el sentido comun, la opinion ó la ley á la vez, ó sólo en concepto de la ley.

Si un acto no es por su naturaleza criminal, si no lo considera así la opinion pública, si la opinion del momento no es ya tan severa como lo sería al aparecer la ley, es fácil que este acto no se hubiese clasificado como delito. Al ménos el caso es no considerarlo como tal, si no hubiese disposicion formal; pero si la hubiere, tendríamos que interpretar un objeto más.

Debemos en efecto considerar como un principio que, si hay siempre lugar á entender la ley, no lo hay á interpretarla en el sentido propio de la palabra, sino es oscura en su enunciado, ó si siendo clara bajo este punto de vista,

deja dudas sobre los propósitos del legislador. Admitir una interpretacion en el caso en que esta voluntad es visible, sería suponer que el juez puede ponerse en el lugar del legislador y reformar su obra, ya extendiéndola, ya limitándola, ya anulándola ó sustituyéndola por otra. El cargo de juez en una sociedad bien dirigida, no esel de los prudentes en Roma, ni nuestros doctores pueden aspirar á él. Para que haya lugar á interpretacion, es necesario que haya oscuridad real. Si la ley se ha concebido bajo el móvil de una opinion ó de una pasion política, si es demasiado severa ó indulgente, sin que haya la menor oscuridad en el pensamiento é intencion del legislador, ¿no será permiiido corregir este error visible por medio de la jurisprudencia? No, sería peor invertir así el órden de los poderes públicos; abrir esta puerta á los abusos, que respetar una ley mala. La falta de su aplicacion es la de su existencia, y no puede recaer en el juez. Ademas, si al ser fielmente aplicada, perturba la opinion pública, será más segura y prontamente revocada por el poder competente. Digamos tambien que las leyes penales evidentemente malas no son comunes, y que si la pasion las dicta á veces, casi no duran más que su causa. En fin, un magistrado que creyera á su conciencia demasiado empeñada en la aplicacion de una ley reconocidamente injusta, tiene siempre el recurso de renunciar su cargo. Ademas. ¿No tendría escrúpulo al usurpar el papel de egislador? Y si estuviese persuadido de su infalibilidad, ¿no habría en esto un abuso de forma, cuyo principio sería más peligroso? Este principio ¿se puede proclamar con seguridad de conciencia, ó negar que sea la base implícita de la conducta que se adoptaría al burlar la ley, poniéndose fuera y por cima de ella?

Estas reflexiones nos conducen á reconocer que toda verdadera interpretacion de la ley no puede tener otro fin que conocer la verdadera intencion del legislador para ser más segura y estrictamente fiel á ella.

El fin de la interpretacion literal ó gramatical, es hacer conocer mejor el sentido de cada palabra segun la mente del legislador, y por consiguiente, hacer comprender mejor este pensamiento. El objeto de la interpreiacion lógica es buscar la intencion del legislador razonándola.

Aun cuando la interpretacion tienda á extender, limitar ó corregir de otro modo el sentido aparente, pero os-

curo ó sin precision suficiente de términos por parte del legislador, de todos modos, debe ser siempre puramente *declarativa*; es decir, que despues del trabajo de la interpretacion, el juez debe estar más persuadido que ántes de que conoce las ideas y sentimientos del legislador, y que comprendiéndolas, le parecen verdaderos ó falsos. No es su deber juzgarle, sino entenderle. Entenderle, no es comprenderle materialmente, sino en cuanto á su intencion y voluntad, y en la plenitud de esta voluntad y de esta intencion. Esto es lo que significa la máxima: *Scire leges, non hoc est verba earum sed vim ac potestatem.* ¿Pero cómo llegar á esto? Los doctores han indicado gran número de medios, los principales son: el conocimiento del idioma hablado por el legislador, por el pueblo y por los jurisconsultos de su tiempo; el conocimiento de los motivos que han presidido á su obra, ó al ménos el de las leyes, costumbres y jurisprudencia de su época; el de las circunstancias religiosas, políticas, sociales, industriales, económicas, etc., en que se encontraba, y en fin y sobre todo, las prescripciones de la equidad sobre el punto en cuestion.

Si con todos estos recursos y los demás que pudieran añadirse, como el título y el conjunto de la ley, la comparacion de esta ley con las que le han precedido y que está llamada á reproducir confirmándolas, ó á modificar, ya extendiéndolas, ya limitándolas, ó á reemplazarlas; en fin, la comparacion de esta misma ley con otras análogas emanadas del mismo espíritu, del mismo pensamiento, de los mismos hombres quizá; si al raciocinar *a pari, a fortiori, a contrario, ab exemplo*, sobre estas leyes así comparadas, no se puede llegar á algo suficientemente claro, ¿no es este el caso de recordar la máxima: *In dubio abstine?* ¿Y qué es la abstencion en semejante caso? Es, ó no perseguir el hecho denunciado, acriminado, ó devolver la queja á su autor ó darle satisfaccion.

Lo mismo sucede con la incertidumbre impenetrable de la ley, del cuerpo del delito ó de su autor: hay que absolver cuando no se puede condenar con la certidumbre empleada por el legislador.

Pues qué ¿no será permitido juzgar por analogía? Hay grados en la analogía; es más ó ménos estricta. Cuanto más se aproxima la verosimilitud á la identidad, al juzgar por analogía, se está más á cubierto del error; y por el contrario,

cuanto más se aleja, más riesgo se corre de extraviarse como si hubiese identidad. El procedimiento no está seguro sino entre manos seguras, y no se le puede recomendar sino apelando á una gran circunspeccion. Raciocinando por analogía es como el espíritu de intolerancia compara con los envenenadores públicos á los que enseñan doctrinas que les desagradan, y los tratan del mismo modo ó más severamente todavía.

Es necesario desconfiar tambien de todas las demás clases de raciocinio que tengan por objeto hacer entrar en la ley casos que no hayan sido ciertamente comprendidos por el legislador, sobre todo cuando en el fondo de estos modos de raciocinar se encontrase cierta analogía, por ejemplo: al comparar á Dios con el hombre, y al encargar á la sociedad de vengar las ofensas que se le hacen: muchas legislaciones crearon los delitos de lesa-majestad divina, y áun cuando no se explicasen formalmente y la naturaleza de la pena se dejase al arbitrio del juez, se llegaba hasta la atrocidad juzgando *a fortiori*, de que el crímen de lesa-majestad divina debía castigarse aún más severamente que el crímen de lesa-majestad humana.

¿Quiere esto decir que nunca se deberá discutir sobre el texto de una ley para descubrir toda su comprension? De ningun modo, y los autores más opuestos á la interpretacion no pueden pretenderlo sin exponerse á desconocer la voluntad del legislador, hacia la que profesan con razon el más profundo respeto. Tambien nosotros lo profesamos, pero creemos que el mejor medio de ser fiel á ella, no es evitar toda interpretacion ó hacerla de un modo arbitrario. Hay que guardar un medio que sólo saben apreciar las inteligencias ilustradas y los corazones honrados.

Con el juicio más recto y las más loables intenciones, no es inútil meditar cuestiones como las que nos ocupan, y adherirse á sus principios, á todos los principios que las rigen. Figuran, sin duda, en el número de las que tienen más autoridad que otras, y que son más propias para inspirar ya temor y seguridad; pero tambien es necesario guardarse de caer en el sofisma ó en la indolencia intelectual. Es verdad, por ejemplo, que vale más absolver á un culpable que castigar á un inocente; pero tambien es verdad que se alcanza una gran responsabilidad al exigir, para castigar al culpable, una claridad de evidencia matemática

en el hecho ó en la ley ,ó que, so pretexto de tomar el partido más seguro, más bien que el más probable, no se tome al molestia de apreciar los hechos ó la disposicion de la ley.

Nunca se meditarán demasiado las sábias máximas del derecho romano sobre la interpretacion de las leyes en general, y de las que tienen más particularmente por objeto lo que respecta al derecho criminal. Tampoco se debe desdeñar la doctrina de los autores (1).

¿Pero habrá una interpretacion posible todavía, si el legislador, como Justiniano, pretendiendo haber sido siempre perfectamente claro y consecuente, no quiere ser comentado ni explicado?—Esta es una razon, ademas , para separar lo ménos posible la letra y el espíritu; pero no lo es para no tratar de entender perfectamente la una y la otra, si se tiene presente esta prohibicion. Se sabe hasta qué punto tenía razon Justiniano al creer su obra tan completamente perfecta. Sólo habría que reprocharle en su prefacio muchas de sus máximas concernientes á la inteligencia é interprecion de las leyes, para ver hasta qué punto era consecuente (2). Por lo demás, aquí como en todo, hay que evitar dos excesos, y nada puede suplir el buen sentido y rectitud necesaria para apercibirlos y evitarlos. A esto se atienen generalmente hoy las buenas inteligencias y los corazones honrados. La falta de interpretacion es una máxima brutal que con frecuencia conduce á debilidades é iniquidades absurdas. Una interpretacion sin límite es tambien

(1) Véase, por ejemplo, Maclher de Chossat, *De la interpretacion de las leyes*, p. 167-174, Muhlenbruch, *Doctrina pandectarum*, p. 62, 67 y Brux, 1838; Warnkœnig, *juristische encyclopædie*, p. 32-39.—Véase tambien, para casos particulares de interpretacion, á M. Ortolan, *Elementos de derecho internacional*, p. 121, núm. 295; 122 y 123: número 293; *et passim*.

(2) Ya se conocen varias; hé aquí algunas otras que tienen tambien su interés doctrinal ademas del interés crítico: In re dubia melius est verbis edicti servire. In ambiguis rationibus maxime sententia spectanda est ejus qui eas protulesset. Verbum ex legibus sic accipiendum est tam ex legum sententia quam ex verbis.—Non oportere jus civile calumniari neque verba captarí, sed qua mente quid diceretur animadvertere convenire.—Incivile est, nisi tota lege perspecta, una aliqua particula proposita, judicare aut respondere.—In ambigua voce legis ea accipienda est significatio quæ vitio caret.—Prior et potentior quam rore est mens decentis.—Cessante ratione legis, cessat lex ipsa. Y por oposicion la siguiente indirecta: Ubi eadem legis ratio, ibi eadem legis dispositio. En fin, en lo que se refiere mas particularmente al derecho penal: Interpretatione legum molliendæ sunt pænæ potius quam asperandæ, etc.

una máxima peligrosa, porque puede pervertir las leyes más sábias y sencillas.

Cuanto más concisa es la ley en su expresion, más general es en su concepto y exige tambien más sabiduría en su aplicacion. No habiendo sido previstas ni enunciadas las circunstancias que acompañan siempre á los hechos y que constituyen la moralidad del acto pudiendo variarle del todo, exigen una apreciacion sábia y una larga interpretacion del pensamiento del legislador; y con mayor razon, si la ley no prevée sino algunas clases de delitos, y nada ó casi nada de sus especies.

La ley de las Doce-Tablas estuvo léjos de prever y caracterizar con claridad todos los delitos y determinar la pena con toda la precision que era de desear, pues dió al juez mucha latitud; y cuando la sentencia se apelaba al pueblo, decretaba como legislador y juez al mismo tiempo. Algunas veces, por las sentencias que castigaban ciertos actos, erigía en delitos hechos que no eran imputables, como las desgracias de los generales mandados contra los enemigos de la República.

Cuanto más previsoras y explícitas son las leyes, ménos deben dejar al arbítrio del juez. Estas leyes son las mejores, segun el parecer del célebre canciller de Inglaterra, (1); lo cual es verdad cuando el juez es perverso ó torpe; pero si una ley no puede preverlo todo, si sus axiomas son más artificiales que naturales, es enojoso que encadene fuertemente la inteligencia y la conciencia del juez.

Por lo demás, Bacon discurría en esto bajo el punto de vista de la jurisprudencia de su país, que dió á veces resultados poco satisfactorios por prescindir en ella del espíritu. En sus *Cartas sobre los Ingleses*, dice Muralt, que el que cortase la nariz á su enemigo fuese absuelto, porque la ley sólo imponía pena contra la mutilacion de los miembros, y la nariz no es miembro. El Parlamento decidió que en adelante se contase la nariz entre los miembros del cuerpo. (2).

Un principio diferente rigió en Polonia, Suiza y España. En 1768 la ley polaca dejó á la inteligencia y conciencia del juez la apreciacion de todos los delitos, debiendo juzgarlos

---

(1) «Optima lex est quæ minimum judicis arbitrio relinquit.»
(2) Des Essarts, *Ensayos*, etc., t. I, p. 23 y 24.

segun su opinion (1). El principio es bueno; pero á condicion de ser entendido en sus justos límites. Resta saber cómo la ley polaca había fijado estos límites.

En muchos cantones de Suiza la ley sobre el procedimiento criminal no los ha fijado, y se deja al juez la mayor latitud. La denuncia obligada, el nombre del denunciador que ha de callarse, el sospechoso considerado como culpable, el juramento que ha de servir para librarse, y cierta especie de tormento, tales son los medios que emplean los jueces para descubrir la verdad (2).

Una declaracion de Fernando IV, en 1299, da á entender que la justicia criminal era muy mal administrada en Castilla, y que estaban pisoteadas sus formas protectoras. Este príncipe dice que la justicia se administre con imparcialidad, conforme á la ley y al derecho; que ningun individuo sea condenado á muerte, aprisionado ó despojado de sus bienes sin prévio juicio, y que todo esto se observe mejor en adelante que hasta entónces (3).

Es de sentir que el autor de esta declaracion haya sido el primero en violarla. Los reyes de España ¿tendrían la pretension de los de Baviera, que se arrogaban un derecho absoluto de vida y muerte sobre sus súbditos? (4). Es cierto que el poder absoluto llega hasta eso. El derecho de defensa y la necesidad que resulta de la impotencia explican muchos actos y principios que no se tolerarían en una sociedad bien organizada. Antes del establecimiento de una policía regular, dice Hallan, un criminal fuerte hubiera desafiado el castigo debido á sus maldades, si segun un principio tan bárbaro como todos los que podía contrabalancear, no hubiese sido permitido matar por órden directa del rey (5).

---

(1) Macieiowski, *ob. cit.*, t. IV, p. 314.
(2) Siegwart-Muller, *ob. cit.*
(3) Marina, *Ensayo histórico-crítico*, p. 148.
(4) «Si quis hominem per jussionem regis vel ducis sui occiderit, non requiratur ei nec sit faidosus, qui jussio domini sui fuit, et non potuit contradicere jussionem.» *(Leges Bajuvarior.*, t. II, ap. Baluz. Capit.)
(5) *Europa en la Edad Media*, t. I, p. 367-368.

CAPITULO XI.

DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS JUECES EN MATERIA CRIMINAL.

SUMARIO.

1. Distincion entre la responsabilidad civil ó jurídica y la responsabilidad moral.—2. Dos grandes condiciones de probidad en el juez: desempeñar gratuitamente su cargo, y la retribucion por el Estado.—3. La instruccion general y las buenas costumbres públicas son tambien muy poderosas.—4. La venalidad de la justicia está próxima á la corrupcion de los jueces.—5. Dificultad de establecer una responsabilidad civil muy séria, ya que el juez esté obligado á sentenciar segun la letra de la ley, ya que por el contrario, pueda interpretarla.—6. El mejor medio para llegar al fin es una buena organizacion de justicia, sostenida por buenas instituciones políticas.—7. Otra medida debilita la autoridad del juez y lo envilece.—8. La ley china va quizá demasiado lejos en este punto. — 9. Una antigua ordenanza de los reyes de Francia acusa un grave abuso.—10. La ley rusa hace poco honor á la magistratura de este país.—11. Un pueblo sin libertad es un pueblo sin dignidad, y todo pueblo sin dignidad es venal.

Siempre pesa sobre el juez una responsabilidad moral. ¿Es justo que sea responsable civilmente? ¿En qué casos y hasta qué punto? Si debe comprender la ley, en su sentido más estrictamente literal, y abstenerse de juzgar cuando los textos no son precisos, su responsabilidad civil debe encontrarse en lucha con su responsabilidad moral, su conciencia tiende á comprometerle y su interés le conduce á faltar á su conciencia; pero considerando sólo el aspecto legal de su mision, tampoco le es fácil poner su responsabilidad á cubierto, tanto en este sistema, como en el de la interpretacion. En efecto, la intencion debe todavía admitirse en la inteligencia de la letra de la ley, porque entónces el error es posible y no puede ser excusable sino admitiendo la buena fé del juez. En el sistema de la interpretacion, esta buena fé, unida al derecho del juez de aplicar las leyes segun su conciencia, cubre todos sus errores, y sería necesario que su mala fé fuese más clara que la luz para que pudiese ser conocida.

Notamos que los jueces que no compran su cargo son mucho ménos propensos á hacer pagar á los litigantes. Notamos tambien que, si son retribuidos por el Estado, si les está estrictamente prohíbido recibir nada de las partes, la justicia debe ser más irreprensible. Es un inmenso beneficio en la administracion de justicia suprimir la venalidad de los cargos en la judicatura y las utilidades que se daban ántes á los jueces. En esto se han restablecido prácticas ya conocidas en la antigüedad, pero no universales.

La venalidad de la justicia, sea el juez el que fuere, no está lejos de la corrupcion y deja á los pobres pocos recursos para hacer respetar sus derechos. Tiende ademas á desconceptuar al magistrado. No nos debe admirar mucho ver en los pequeños Estados de la Costa de Oro á los litigantes hacer regalos á sus jueces al pedirles justicia; y tampoco debe admirar que la buena causa esté ordinariamente de parte de los mejores presentes. Si el asunto es muy claro, los jueces encuentran medio de darle largas y retardar indefinidamente la solucion. Esta especie de negacion de justicia conduce al litigante á tomarla por su mano ó á indemnizarse robando á un vecino, lo que da lugar á un nuevo proceso (1).

Aparte de estas prevaricaciones manifiestas, es difícil ver el delito del juez: las persecuciones contra él y la facultad de hacerlo sospechoso le deshonran y quitan esa consideracion tan necesaria al magistrado. Y despues ¿quién le juzgará? En efecto; ¿qué tribunal más infalible ó más íntegro podrá convencerle de error ó mala fé?

Si es peligroso quitar al juez la responsabilidad civil por causa de ignorancia, error ó mala fé en la inteligencia y aplicacion de las leyes, es quizá más peligroso todavía tener la ley suspendida sobre su cabeza, pronta á abrumarle á cada instante. La verdadera solucion de esta dificultad, como de otras muchas, es un buen sistema de organizacion judicial y un buen modo de formar la magistratura. Lo es tambien la moralidad pública, y un nivel general de conocimientos que garanticen todos los servicios públicos.

---

(1) Bosmann, p. 165.

Nos sería difícil aprobar la severidad de las leyes de China, respecto á la responsabilidad civil de los jueces; apenas si la necesidad podría hacerla comprender y excusarla. El Código chino admite la apelacion, y prohibe, sopena de ochenta palos, ejecutar una sentencia capital que no esté sancionada por una órden del emperador. Va más lejos: no solamente decide que un tribunal superior puede anular ó confirmar la sentencia de un tribunal inferior, sino que en ambos casos hay riesgos y peligros. Si su sentencia es injusta, y si en su relacion con el emperador presenta el asunto de cierto modo, expía está prevaricacion recibiendo cien palos y tres años de destierro. Entiéndase bien que el tribunal inferior no está al abrigo de toda pena si llega á juzgar fraudulentamente: su principal miembro es condenado entónces á la pena que se hubiere impuesto al acusado, en mal hora absuelto, ó á la que ha sido injustamente decretada contra él. Es una especie de Talion.

Una ordenanza de 23 de Agosto de 1371, hace creer que en Francia los condenados podían redimir las penas en que habían incurrido, y que los jueces apartaban una parte de las composiciones destinadas al fisco ó se apoderaban de ellas con plena autoridad (1). Hubiera habido infidelidad en los dos casos, pero más grave en el primero que en el segundo.

Las excesivas precauciones recientemente tomadas por el Código de instruccion criminal ruso contra la venalidad de los jueces del imperio, bastarían para dar una idea repugnante de esta clase de funcionarios, si los hechos no los acusasen más todavía. La venalidad es el cáncer de estos administradores de justicia, que á puerta cerrada favorecen singularmente esta iníquidad de las iniquidades. La ignorancia extrema de los primeros jueces instructores no es tampoco una garantía de la delicadeza de sus sentimientos ni de su inteligencia: la de los acusados es tambien un obstáculo á la garantía de la fidelidad de instruccion, y sólo exigiendo al ménos tres cruces en vez de una

---

(1) Los jueces de la senescalía de Beaucaire, se dice en esta ordenanza, no podrán hacer composiciones con los que han cometido delitos, sino en presencia del procurador del rey y del recaudador de esta senescalía, porque los derechos del rey serían lesionados.

firma que un acusado no puede dar, se reconoce la verdad de los informes escritos (1).

¿Cómo admirarse de la venalidad de los jueces en un país en que todos los funcionarios públicos están más ó ménos contagiados de este vicio? (2). El despotismo ó régimen de la fuerza y de la arbitrariedad está estrechamente unido al materialismo, y por consigiuente á la negacion ó supresion de las ideas espirituales de derecho y de deber, y de los nobles sentimientos que éstas enjendran; el poder absoluto, ya sea civil ya clerical, desmoraliza á las naciones; la venalidad rusa tiene tambien quien la imite en los estados absolutos de Austria, Roma y Nápoles.

---

(1) V. La *Rusia bajo Nicolás I*, por Ivan Golowine, 1845, en 8.°, p. 381 y 412.

(2) Hablamos segun el relato de los viajeros ó de los historiadores; amigos ó enemigos como Custine y Golowine, están de acuerdo en este punto. El primero se ha hecho en verdad sospechoso, de exageracion, faltando á la hospitalidad; pero nótese bien que ha perdido sus simpatías por el despotismo, al verle de cerca y en práctica. Más de un Ruso de alma noble participa de este modo de pensar: testigo ese viejo que habló tan francamente á Custíne en los momentos de ocio que tuvieran en su viaje en vapor; por lo demás, todo lo que debe ser, existe; y en cuanto á mí, no tengo necesidad de la historia para saber lo que he de pensar de los efectos morales del despotismo.

LIBRO SEGUNDO.

MODOS DE INFORMAR A LA JUSTICIA
DE LA EXISTENCIA DE UN DELITO.

CAPITULO PRIMERO.

DE LA QUERELLA.

SUMARIO.

1. Ideas generales sobre la manera de informar á la justicia de un delito.—2. Fin de la querella.—3. Necesidad de una autoridad que la reciba y haga valer el derecho.—4. Derecho de las partes á transigir.—5. Si este arreglo puede llegar hasta el perdon.—6. Distincion entre la moral y el derecho.—7. Forma materialista de la querella en los antiguos tiempos, en Roma, por ejemplo.—8. El querellante es siempre una persona determinada.

Denunciase un delito á la justicia cuando se le dá á conocer su existencia; presentase una querella cuando se declara en la denuncia que se ha recibido lesion por el delito, y se pide reparacion del daño causado; y se acusa cuando se solicita la aplicacion de la pena al delito denunciado.

Estas tres cosas son diferentes.

Todos pueden ser admitidos á denunciar un delito; pero, en principio, sólo el que sufre sus consecuencias, ya en su misma persona, ya en la de los suyos, tiene el derecho de querellarse y de exigir que se haga justicia.

Quien ha sufrido injustamente por un acto ajeno tiene derecho á una reparacion civil y debe poder exigirla por medio de la autoridad y de la fuerza pública, si no se le concede de grado, debiendo obtener al propio tiempo una indemnizacion y garantías para el respeto de sus derechos

en el porvenir: la accion civil tiene por objeto el primero de estos resultados, y la accion pública el segundo.

En toda sociedad digna de este nombre existe una autoridad ó fuerza pública destinada á proteger los derechos de cada uno de los miembros que la componen, y no solamente los derechos de aquellos que son lesionados, sino tambien de los culpables. La institucion de la justicia criminal no es ménos ventajosa á los malhechores que á las gentes honradas, puesto que importa á los primeros no sufrir por sus malas acciones sino en la medida de su falta, y no ser abandonados á la arbitrariedad y á la venganza de los ofendidos, consistiendo su derecho en no ser castigados más que en proporcion del mal causado; pero de ellos depende el renunciar á esta proteccion de la autoridad pública y sufrir una condena solemne; el hacer mayores sacrificios pecuniarios para aplacar al ofendido y prevenir una legítima querella.

Las partes tienen, pues, el derecho de arreglar entre sí sus diferencias aun en materia criminal, y hay poco que temer de estos acomodamientos en interés del órden público, cuando existe una autoridad social bastante poderosa y justa para hacer que se dé á cada uno su derecho.

Es muy probable, en efecto, que el ofendido no se contente con una reparacion menor que la que podría obtener en justicia, ó si se contenta, será por consideraciones morales muy dignas de atenderse, las cuales deben ser estimuladas. En el primer caso, la pena es suficiente; en el segundo cede en parte al perdon y sin duda al arrepentimiento que lo ha merecido, sentimientos ámbos de una importancia social superior á la de la justicia.

Pero los arreglos de esta especie no son muy frecuentes; y si fueran impuestos por la ley, la cual fijara la compensacion por el mal sufrido; si se impusiera además una pena pecuniaria en provecho del soberano por la proteccion que dispensa al culpable ó por cualquiera otra razon, esta sería ya una penalidad regulada por la ley, una especie de juicio público *á priori*, y no un arreglo puramente espontáneo y privado.

Si el perdon es un deber moral, principalmente evangélico, es sólo bajo el punto de vista individual; porque bajo el social podría muy bien una moral más elevada exigir que el culpable, sobre todo aquel que lo es por há-

bito, y por decirlo así, por principio, fuese denunciado á la justicia pública: no me extraña, pues, que ciertos legisladores hayan hecho de la querella una obligacion y la hayan sancionado con una multa (1); pero, en todo caso, si la querella no es un deber, es un derecho.

Este derecho se ha ejercido segun los tiempos, de una manera más ó ménos solemne, quiero decir, de una manera más ó menos material; y hoy, en los pueblos civilizados al ménos, consiste en una simple declaracion hecha al magistrado encargado de perseguir los delitos, exigiendo únicamente la prudencia que se haga por escrito y firmada, condicion que á las veces admite tambien racionales escepciones. Otra cosa sucedía en Roma, en Francia en la Edad Media, y en algunos pueblos eslavos.

En Roma, los ciudadanos que presentaban una querella contra otros debían, en presencia del magistrado, manifestar deseos de hacerse justicia por sí mismos, como sucedería en un país en que no existiera el poder públíco. Todos los procesos en que se trataba de dos intereses privados, comenzaban por una especie de duelo en el que las partes se mostraban prontas á venir á las manos (2).

Este pequeño drama judicial no era más que un símbolo, una fórmula en accion, que se convierte en fórmula hablada en los Estatutos de San Luis: por ejemplo, en caso de robo, el querellante debía formular su queja en estos términos: «Me querello de tal hombre que me ha robado una cosa, y le he visto luego en posesion de ella.» Para ello depositába préviamente cuatro monedas (3).

En caso de violacion, el derecho bohemio exigía ciertas condiciones en la presentacion de la querella. Así, cuando una mujer quería ser admitida á perseguir á un indivíduo como culpable del delito de violacion, debía presentar la querella inmediatamente despues de haber recobrado su libertad, y había de comenzar por llamar testigos y hacer-

---

(1) De Reutz, *ob. cit.*, p. 474.—En Inglaterra no es permitido desistir de una querella por la violacion de la libertad personal. En la mayor parte de los pueblos modernos la renuncia ó la separacion no impide que la accion pública siga su curso.

(2) Gaii, IV, § 16, 17;—A. Gell., XX, 1;—Ascon., *in Verr. de prætor. urb.*, p. 100, *Roma en el siglo de Augusto*, por M. Dézobry, nueva edicion, t. II, p. 194.

(3) *Establ.*, II, 12.

les ver su estado y la disposicion del lugar en donde había recibido el ultraje. Si el hecho había acontecido en el campo ó en un bosque, debía presentarse inmediatamente en las poblaciones más cercanas, ciudades ó aldeas, con los cabellos todavía en desórden y los vestidos destrozados, y demostrar las señales de la violencia, llorando é invocando testigos. Cumplidas estas condiciones el culpable era perseguido y castigado de muerte (1).

Aparte del llanto y de la apelacion de los testigos no hay en estas prescripciones nada que no sea natural. La ley buscaba en este caso, no tanto una fórmula sacramental para entablar la accion criminal, como precauciones para que pudiera probarse el delito. La querella debía admitirse tambien aunque no se hubieran tomado estas precauciones; pero entónces la querellante se hallaba expuesta á que no prevaleciera su demanda. Por haber hecho de estas precauciones una condicion absoluta de persecucion, tienen un carácter de fórmula de introduccion á la instancia.

Inútil es observar que la querella, á diferencia de la denuncia, debe tener siempre un autor conocido.

---

(1) Macieiowski, t. II, p. 172.

CAPITULO II.

DE LA DENUNCIA.

SUMARIO.

1. Bajo ciertos puntos de vista, la denuncia puede llegar á ser más obligatoria que la querella.—2. Alta moralidad en tolerar un silencio generoso.—Circunstancias en que este silencio es casi un deber.—3. Dos principales posiciones respecto á la denuncia.—Cómo se subdividen.—4. Medidas tomadas por ciertos legisladores para asegurar la denuncia y reprimir al mismo tiempo la calumnia.—Peligros de estas medidas.—Egipto, Atenas, Roma, Venecia, etc.—5. La peor de las legislaciones en este punto.—6. El denunciador debe darse á conocer al magistrado —7. Debe ser careado con el acusado.—8. Cómo la denuncia llega á ser una querella ó una acusacion.—9. La justicia criminal es necesariamente gratuita.—10. Lo que debe comprender un querellante y en qué medida.—11. Distincion segun que la querella se refiere á las personas ó á los hechos.—12. ¿Quién debe probar, el denunciador ó el denunciado?—13. Prudencia de las leyes chinas respecto á la responsabilidad del denunciador.

Si por razon del bien público la querella ha podido ser obligatoria, á pesar de los motivos de alta moralidad que pueden inclinar al que ha sido víctima de un atentado á perdonar al culpable, con mayor motivo el que no tenía nada que perdonar ha podido ser compelido á dar á conocer á la justicia al culpable que trataba de sustraerse á ella; pero deben exceptuarse los casos en que la sangre, las afecciones de familia y la moral doméstica ó cuasi doméstica (1) imponen una especie de obligacion de echar sobre el culpable un velo de tierna piedad, no para engañar á la justicia, sino para ser fiel á la solidaridad y á las afecciones que inspiran sagrados lazos que una sociedad debe tener más interés en fortificar que en relajar ó disolver. Lo mismo su-

(1) Para mantener la paz en el reino, se halla en Rusia prohibido á los siervos, bajo pena del knout, denunciar á sus señores, excepto en el caso de alta traicion. La misma pena se impone á los hijos que denuncian á sus padres. (De Reutz, p. 396, tercer período, siglo XVII).

cede en las relaciones espirituales que se establecen en nombre de la religion entre el confesor y el penitente; cuya excepcion es comun á la denuncia, á la querella y á la acusacion.

Muchas legislaciones modernas, inspiradas en un sentimiento de delicadeza y de generosidad, que no siempre ha sido comprendido, pero que tiene su razon en costumbres públicas muy perfectas, no imponen la obligacion jurídica de denunciar al culpable.

En este punto hay dos situaciones principales: la abstencion por complicidad, por interés, por temor, por indiferencia ó por compasion; y la denuncia por ódio personal, por amor al bien público ó por temor á las leyes.

La abstencion por complicidad, si no hace más culpable, excúsase por el sentimiento de la propia conservacion, sentimiento que ha dado orígen á una especie de derecho, el de no ser su propio acusador; la abstencion por interés, por corrupcion, es casi tan culpable como el falso testimonio por soborno; la abstencion, por temor al enojo del culpable ó de su familia, es una debilidad bastante excusable bajo el punto de vista jurídico, pero más ó ménos vituperable bajo el aspecto moral. Lo mismo sucede con la abstencion por indiferencia, que, como la precedente, es una falta de patriotismo ó un egoismo rayano de la cobardía, pero no un delito. Respecto á la abstencion por sensibilidad ó por una especie de obligacion moral, sólo se explica en los casos de que hemos hablado; pues de otro modo, esta sensibilidad, este pretendido humanitarismo estaría tan fuera de lugar, que bien podría merecer otro nombre.

Para que estuviera mejor asegurada la denuncia, los legisladores que la han impuesto como una obligacion, han debido castigar al que faltaba á este penoso deber; pero al propio tiempo para que fuera fidedigna, principalmente cuando era alentada con recompensas, han tenido que castigar severamente al calumniador. En Egipto, el que acusaba calumniosamente atraía sobre sí el castigo que había pretendido que se le impusiera á otro; y, sin embargo, exigía la ley que se denunciara el homicidio, amenazando con la flagelacion en la plaza pública y con un un ayuno de tres dias al que no informaba á la justicia de una muerte violenta que hubiera presenciado. Tambien declaraba culpable al que habiendo podido salvar á la víctima, no le había ten-

dido una mano generosa: esta cruel indiferencia era castigada de muerte (1).

En Atenas, las denuncias que á los hombres libres se pagaban comunmente con dinero, valían á los esclavos la libertad; pero si la denuncia era falsa, el denunciador era castigado con la muerte ó con una multa (2).

Los *índices* de los Romanos eran denunciadores oficiales que se encargaban de lo que entre nosotros se llama policía judicial, y á quienes movían tambien todo linaje de pasiones extrañas al amor del bien público y de la justicia. Nuestros espías son modelos de veracidad y de honradez en comparacion de aquellos miserables que sólo trataban de comprometer á las personas honradas, y robarlas (3).

Pero había algo dañoso á la moralidad pública y á la buena armonía de los ciudadanos en conceder al acusador la tercera parte de los bienes confiscados al acusado que se reconocía culpable; á lo cual debemos añadir que esto era atraer todo género de denuncias sobre los ciudadanos ricos, y poner de tal modo á los pobres al abrigo de ellas, que no podían temer ser denunciados sino por ódio ó por venganza. Estos inconvenientes son más graves todavia en la legislacion china, en la que la denuncia es obligatoria para todo el mundo. Para alentarla (y bien necesita ser alentada á causa de las penas que amenazan á la acusacion calumniosa) recibe el denunciador, si la acusacion es bastante grave para que haya lugar á la confiscacion, todos los bienes del condenado, á título de recompensa.

El peor sistema en materia de denuncias es el de acogerlas de personas desconocidas, como sucedía en Venecia. Esto es más económico sin duda, y se favorece con ello ménos la codicia; pero se alienta más la perfidia, la hipocresía, la envidia, la rastrera venganza y todas las pasiones á la vez hostiles y cobardes; vicio enorme que fué tomado de la Inquisicion (4).

El denunciador debe, por el contrario, darse á conocer al magistrado, porque debe ser careado con el denunciado ó con aquellos que le han revelado la existencia del delito;

---

(1) Diod.
(2) Andocid., *Myst.*, 6, 7, 9; Lys., *contra Agorat.*
(3) Véase el cuadro que ha trazado M. J.-J. Weiss en su tésis: *De inquisitione ap. Romanos*, p. 58-82.
(4) V. Faustin-Hélie, *Tratado de la instr. crim.*, t. IV, p. 22.

sin embargo, como no se puede obligar á un denunciador á dar su nombre, exige la prudencia que el magistrado desconfíe de una denuncia cuyo autor no se atreve á confesarla francamente, y la misma prudencia demanda tambien que no se deseche.

La denuncia puede ser una acusacion privada, y es una querella cuando el denunciador sufre por el delito, pero no puede ó no se atreve á tomar ostensiblemente la iniciativa en su persecucion; impotencia ó temor que no debe existir en ninguna sociedad bien organizada. La querella debe ser admitida gratuitamente, y la sociedad tiene el deber de perseguirla áun para las reparaciones civiles: el pobre más desvalido debe tener los medios necesarios para sostenerla, y hallarse eficazmente protegido, tanto por el poder social como por la opinion pública, para no tener nada que temer en el porvenir de parte de aquel que le ha ofendido gravemente y cuyo castigo ha obtenido.

Pero lo que todo denunciador debe temer es el ser castigado en el caso en que la denuncia resulte calumniosa; pena merecida, sobre todo cuando la ley, el derecho ó la sangre no imponen la denuncia como un deber: en el caso contrario, las apariencias del delito deberían bastar para excusar perentoriamente de la calumnia judicial. La pena que se imponía generalmente por las falsas denuncias era la del Talion.

Hay, por lo demas, dos maneras de denunciar un delito, segun que se haga conocer solamente el hecho, ó se señale al presunto autor: la primera clase de denuncias podría prescribirse por las leyes, y castigarse con cierto rigor el quebrantamiento de esta obligacion. Ya hemos visto que en Egipto era azotado y privado por tres dias de alimento el que no denunciaba un asesinato.

Si la denuncia obligada se refiere á las personas, es necesario admitir, al ménos, que se la pueda dar como dudosa cuando lo es en efecto, y en caso de error, imponer una pena inferior á la que podría aplicarse si la denuncia se hubiera presentado con el carácter de certeza; pero áun en este caso no debe confundirse la imposibilidad de probar con la calumnia. Un acusado puede ser absuelto, á falta de pruebas suficientes, por no aparecer culpable, y en este caso el Talion sería una pena injusta, como la intencion de calumniar en justicia no fuera más clara que la luz del dia. Siem-

pre hay que dar una gran parte al irreflexivo ardor de un querellante.

Esta es, sin embargo, la pena que generalmente se aplicaba por la acusacion calumniosa en la mayor parte de los pueblos, en Egipto, en Judea, en Grecia, en Roma, en China, etc.

Así como es justo exigir de un denunciador que presente las pruebas de su acusacion, sería injusto obligar al denunciado á probar su inocencia ántes de toda informacion. Tal parece, sin embargo, haber sido entre los Judíos la posicion de la mujer acusada de no ser vírgen al tiempo de casarse (1).

Las leyes de la China castigan la denuncia anónima ó pseudónima, y si la prescriben bajo un nombre verdadero en todos los casos en que el bien público se halla interesado en ello, circunscriben tan sábiamente la obligacion, establecen tan razonables excepciones y regulan tan prudentemente la manera de presentarla, que la hacen odiosa en todos aquellos á quienes impone silencio la naturaleza ó puede hacerles hablar la pasion (2).

---

(1) *Deuter.*, XXII, 14 y 15; Selden, *Uxor hebr.*, III, cap. 2.

(2) *Mem. relativa á los Chinos*, t. IV, p. 157; *Código penal*, II, página 169-188.

Pueden consultarse sobre la *Revelacion obligada de los crímenes ajenos*, dos excelentes artículos de legislacion comparada, escritos por M. Koenigswaster, *Revista extranjera y franc. de legislacion*, t. VI, p. 96 y sig., 274 y sig. En general se ha exigido la revelacion, y se ha castigado la no revelacion.—V. tambien á Benjamin Constant, *Comentario* citado, p. 175.

CAPITULO III.

DE LA ACUSACION Y DEL ACUSADOR.

SUMARIO.

1. Diferencia entre el denunciador público y el acusador.—2. Cualidades necesarias en un acusador.—3. Las leyes de Creta alentaban la acusacion.—4. Distincion de los delitos en públicos y privados.—Consecuencias en cuanto á la acusacion.—5. Qué delitos eran públicos en Atenas.—Categorías.—Utilidad de esta distincion.—Quién podía acusar públicamente.—Uso singular en Atenas.—La acusacion pública debía ser autorizada por los Thesmostetes.—Seguridades exigidas al acusador en Atenas.—Cómo se eludía la accion pública.—6. En Esparta se distinguían tambien los delitos en públicos y privados.—Lo mismo sucedía en Roma.—Categorías.—7. Acusacion pública en Roma.—Parece haberse instituido allí el ministerio público, aunque limitado.—8. Juramento exigido al acusador y al acusado por las leyes de Atenas y de Roma, imitadas por la Constitucion del emperador Federico II.—9. Quièn podía acusar segun la ley anglo-normanda, y con qué condiciones.—10. Ley de Enrique II de Inglaterra.—11. Antigua legislacion danesa respecto á la distincion de los delitos en públicos y en privados; distincion sin consecuencia en cuanto al procedimiento.—12. Leyes españolas sobre la acusacion.—13. Ley china sobre el mismo asunto.—Acusadores anónimos, pseudónimos y desconocidos.—14. Del ministerio público entre los modernos; su necesidad, su utilidad, su orígen.—Consecuencia de esta institucion.—15. Procedimiento inquisitorial.—Cómo llegó á ser secreto.—Influencia de la inquisicion y del derecho canónico en este punto.—16. De los sistemas de procedimiento, acusador é inquisitorial, en Bohemia, en Polonia, en Alemania.—17. Cómo se practica generalmente en Alemania el procedimiento inquisitorial.—Sus vicios, su base.—18. Responsabilidad del ministerio público; su esfera de accion.

Un acusador sólo es movido, en apariencia al ménos, por el interes público ó por algun interes privado que le afecta, y entiende perseguir en justicia el castigo del culpable, ya en su nombre, ya en el de la sociedad: en este último caso es acusador público, en la más estricta acepcion de la palabra. Un querellante pretende haber sufrido él mismo ó los suyos por el delito que revela, indique ó no al autor presunto, reclame ó no los daños y perjuicios, mostrándose parte civil ó abstiniéndose.

Hay por lo tanto, entre el denunciador y el acusador pú-

blico la diferencia de que éste persigue el asunto ante los tribunales, como sucedía otras veces en Roma, mientras que el denunciador público se limita á revelar el delito y á dar á conocer al culpable á quien quiera ó deba ser acusador.

Cuando la acusacion es un oficio público, un ministerio, es prudente y justo que los particulares no puedan ya pedir en justicia el castigo del culpable; pues no son ya acusadores, en la acepcion judicial de la palabra, sino únicamente en el sentido vulgar, y sólo pueden dirigirse á los tribunales por el órgano del acusador oficial: sólo pueden ser, por lo tanto, denunciadores públicos.

Es necesario cierto carácter, un grande interes ó una pasion violenta para convertirse en acusador, principalmente cuando el acusado es poderoso y temible: así, en Roma y en Atenas, los jóvenes valerosos y de talento consideraban una acusacion grave como una excelente ocasion de darse á conocer y de abrir una carrera á su ambicion.

El legislador cretense no había pensado, sin embargo, que la ambicion, el amor propio ó el patriotismo fuesen motivos suficientes para producir un número bastante grande de acusadores. Una parte de la multa se destinaba á recompensar este servicio público (1).

En un principio no se distinguian los delitos, segun que interesasen directa ó indirectamente á la cosa pública: si los indivíduos se hallaban sensiblemente perjudicados, á ellos pertenecía la acusacion y la persecucion del delito; si era la república la que sufría el daño, el magistrado era el llamado naturalmente á vengarla, aunque no hubiera acusacion por parte de los particulares. Sin embargo, como quiera que motivos poco respetables podían llevar á los ciudadanos á mezclarse en asuntos que no les concernían y que interesaban mucho más á ciertas personas que á la ciudad, se creyó conveniente reservar el derecho de acusar á aquellos que podían tener, sin duda, suficientes razones para hablar, pero mayores motivos aún para callar. Los Atenienses distinguieron, pues, con razon los asuntos criminales en públicos y privados: todo el mundo podía ser acusador en los primeros, porque la república estaba en

---

(1) Sext. Emp., *adv. Rhet.*

ellos interesada; pero en los segundos, por el contrario, sólo el perjudicado tenía derecho á querellarse. La muerte y las heridas con intencion, el incendio premeditado, el envenenamiento, el complot contra la vida de un ciudadano, el adulterio, la vida licenciosa, el celibato, la impiedad, la cobardía, la cita falsa, la acusacion no probada y la supresion de estado, se ponían en el número de las acciones públicas, aunque la mayor parte no interesaban al Estado sino indirectamente.

La acusacion de un delito público se llamaba *categoría*, y se distinguían muchas clases de ellas: la primera y más general tenía por objeto la muerte y el incendio, el sacrilegio y la impiedad, la traicion y la calumnia, algunos delitos contrarios á las buenas costumbres, muchos otros relatívos al servicio de mar y tierra, la administracion pública y la hacienda del Estado, las tentativas de soborno á los jueces y á otros magistrados, la usurpacion por los extranjeros del derecho de ciudad ó la obtencion de este derecho por medio de la corrupcion.

La segunda se aplicaba al descubrimiento y persecucion de los crímenes ocultos.

La tercera suponía una accion ejecutada ó una funcion ejercida, á pesar de la prohibicion de la ley.

Gracias á esta extension dada á los delitos públicos, la libertad, el honor y la vida de cada ciudadano se hallaban bajo la salvaguardia de todos, y el más débil podía ser protegido por el más fuerte: si alguno, decía la ley, insulta á un niño, á una mujer ó á un hombre libre ó esclavo, será permitido á todo Ateniense perseguirle en justicia (1).

El derecho de acusar en los delitos públicos no tenía límites: las mujeres podían acusar á sus maridos y los hijos á sus padres, bastando ser ciudadano para ejercer este derecho, y el que no se consideraba bastante fuerte podía agregarse auxiliares como en la causa de Sócrates (2). En Roma, sólo los infames y los condenados por crímen de calumnia ó de prevaricacion se hallaban privados del derecho de acusar públicamente.

La acusacion de un delito privado sólo correspondía á

---

(1) Plut., *Vida de Solon*.
(2) Diog. Laert., *Sócrates*, § 12; *Polemon*, § 3;—Lysias, *contra Agorat*.

aquellos á quienes el delito afectaba, ó en caso de homicidio á los parientes de la persona muerta ó al dueño si era esclavo, porque la muerte de un esclavo se perseguía como la de un hombre libre.

La persecucion de un homicida era obligatoria por las leyes; pero la venganza debía dejarse á los tribunales, aun en el caso de ser sorprendido en flagrante delito de asesinato (1).

Los próximos parientes, y á falta ellos, los ciudadanos de la misma patria, eran particularmente llamados por la ley á perseguir al asesino, y no había composicion admisible sino cuando todos consentían en ello.

Las leyes autorizaban á los parientes de un hombre asesinado á detener á tres personas en el sítio donde se había cometido el crímen y á tenerlas en rehenes hasta que se hubiese entregado el culpable ó los jueces hubieran pronunciado sentencia (2). Tenían el derecho de perseguir: el hermano, el hijo y el tio del muerto, sus yernos, su suegro, sus primos, los hijos de todos estos y los ciudadanos de su casa. Para llegar á un acomodamiento con el homicida, era necesario el consentimiento unánime del padre, del hermano y de los hijos, y la opinion de uno solo habría bastado para impedirlo. A falta de parientes, diez ciudadanos de la curia podían hacer este arreglo, si la muerte no había sido premeditada (3).

Conservóse durante mucho tiempo la costumbre de poner una lanza sobre la tumba de un hombre muerto para anunciar la obligacion en que se hallaban los parientes de vengar el atentado de que había sido víctima (4).

A pesar de la severidad de las leyes contra las acusaciones calumniosas, era prudente por parte del poder público reservarse la autorizacion de perseguirla y dirigirla, lo cual se practicaba en Atenas. El acusador debía ser autorizado por los Thesmostetes, uno de cuyos magistrados presidía la instruccion y la dirigía, teniendo dos asesores que le ayudaban en esta funcion. El Thesmostetes comenzaba por hacer al acusador algunas cortas preguntas sobre el objeto

---

(1) Antiphon, *Muerte de Herodes*,—Sigonius, *ob. cit.*, III, 4.
(2) Demost., *contra Ariston*.
(3) *Id. contra Mocart.*
(4) Meursius, *Them. att.*, I, 10; S. Petit., *De legibus att.*, II, 11.

mismo de la acusacion, sobre el culpable designado y sobre las pruebas que sería necesario presentar, y luego concedía la autorizacion pedida é indicaba el tribunal á que debía dirigirse. El acusado era citado á peticion del querellante en caso de delito privado, y en caso de delito público comparecía por requerimiento y órden del magistrado; presentábase un acta más extensa que la querella en accion privada, la cual acta apoyaba, desenvolvía y justificaba la querella, y el actuario la hacía fijar en una tabla en el recinto del tribunal. Como verdadera acta de acusacion, no podía contener nada vago y extraño al hecho imputado (1).

El acusador depositaba una suma en garantía de la verdad de la acusacion, y sólo se le dispensaba en los casos en que se trataba de la seguridad de las personas, debiendo ademas obligarse por juramento á decir la verdad, lo cual hacía igualmente el acusado. Una acusacion injusta ó un falso testimonio, era castigado en muchas ciudades de Grecia con la pena reservada al crímen objeto de la acusacion; pero las leyes de Atenas sólo imponían multa, excepto en las acusaciones sobre asuntos religiosos. Esta facilidad de expiar un falso testimonio con una multa ofreció frecuentemente ocasion á los ricos de sobornar á los testigos y librarse de la accion de la justicia (2).

El que había intentado la accion civil podía desistir de ella y terminar el asunto por una transaccion; pero el que había emprendido la accion pública no tenía la misma facultad. Por eso se limitaba á veces á la accion civil aunque tuviera expedita la pública (3), lo cual sucedía siempre que el acusador se hallaba dispuesto á dejarse sobornar, y el acusado estaba en disposicion de aprovecharse de ello.

En Esparta, como en Atenas, la accion era pública ó privada; pero la vida de comunidad que se hacía en la primera de estas Repúblicas y la moral erigida en leyes del Estado, hacían las acciones públicas mucho más numerosas que las otras.

En general, los intereses y los derechos de la república romana, principalmente los del pueblo, eran protegidos con una susceptibilidad recelosa y desconfiada: de aquí las leyes

---

(1) Sigonius, *ob. cit.*, III, 4.
(2) Sócrates, *contra Lochites*; Demóstenes, *contra Mid.*
(3) Schilling, *ob. cit.*, p. 87.

de majestad, los numerosos delitos que comprenden, la excesiva severidad con que se habían dictado las penas, y la severidad todavía mayor con que se aplicaban.

El despotismo imperial sustituyendo á la república, conservó estas leyes de majestad y dictó otras nuevas, por estar ménos seguro del respeto de su existencia y de sus prerogativas que lo había estado el pueblo de la inviolabilidad de su poder. La traicion el en interior *(proditio)* la del exterior *(perduellio)*, las reuniones nocturnas propias para degenerar en sedicion, los obstáculos puestos á la intervencion de los tribunos y al cumplimiento de cualesquiera funciones públicas, el mando arbitrario de la fuerza pública, el enganche de tropas, el dar libertad por dinero á los jefes enemigos prisioneros de guerra, la debilidad ó la falta de valor en el ejercicio de una magistratura ó de un cargo administrativo, la adulacion á los reyes extranjeros, etc., formaban una primera categoría de delitos públicos.

Eran una segunda categoría de estos mismos delitos el peculado, el robo sacrílego y la concusion.

El asesinato, el envenenamiento, el parricidio, la falsedad, el incendio, la violencia pública, el plagio ó secuestro de personas, el monopolio, el adulterio, el incesto y la violacion, eran asimilados á los crímenes públicos y castigados con el último suplicio, con la deportacion, destierro, etc., Ya hemos visto al tratar de las diversas clases de delitos, cuáles eran en general las disposiciones de la ley romana sobre cada uno de ellos.

En materia de homicidio *(paris cœdes)* todo el mundo podía, como el magistrado mismo, acusar ante el pueblo al presunto autor; pero los comicios pensaron muy sábiamente que lo que todos están llamados á hacer no lo hace nadie, y en su consecuencia delegaron en ciertos ciudadanos llamados *quæstores parricidii* el encargo de investigar y perseguir los crímenes capitales.

Esto no era más que una consecuencia de una superior distincion que encontramos ya en tiempo de los reyes: me refiero á la distincion entre el principio y su aplicacion, entre el oficio de los magistrados y el del juez.

Reseñar la historia de la acusacion judicial en Atenas, es indicar los principales rasgos de ella en Roma. No hablaré, pues, ni del *accusator* propiamente dicho, ni de la *divinatio*, que decidía entre muchos acusadores que se presenta-

ban para pedir una condena, ni de los *subscriptores* ó acusadores secundarios, ni de los *quadruplatores* ó acusadores públicos, así llamados por razones que son todavía puramente conjeturales (1).

Por lo demás, la institucion de un acusador oficial, áun limitado su ministerio á casos determinados, institucion tan necesaria en un pueblo civilizado, y por consiguiente tan natural, sólo habría sido una importacion hecha de Grecia (2).

El juramento era exigido por las leyes de Atenas y de Roma, no sólo al acusador, como presuncion de la verdad de su aserto, sino tambien, lo cual es ménos razonable, del mismo acusado, á quien se ponía en la necesidad de ser perjuro ó declararse culpable: situacion cruel que han evitado prudentemente las leyes de la mayor parte de los pueblos más adelantados. El emperador Federico II en su Constitucion de la Sicilia (lib. II, tít. XXIV), quiso que las dos partes prestasen el juramento de calumnia y que los asuntos se despachasen con prontitud: lo mismo sostiene tambien (3) la ordenanza de Luis XIV (1670).

La ley anglo-normanda permitía á todo mayor de edad (4) ser acusador público.

El vasallo, como el señor feudal, podía presentar la querella cuando había sido testigo de una muerte, y en este último caso podía hacerlo tambien la mujer casada. El acusado tenía la eleccion de justificarse por una prueba judicial, ó de dejar que el acusador probara la acusacion.

Una ley de Enrique II establecía que el acusador diera caucion ó prestase juramento. Si el acusado no podía dar caucion (5) no se le dejaba en libertad bajo su palabra y era arrestado provisionalmente. Cuando llegaba el dia del debate, la cuestion se decidía por el duelo (6), y ¡ay del vencido! Si era el acusador, podía obtener gracia del rey (7), ó

---

(1) Véase sobre este punto la tésis de M. J.-J. Weiss, *De inquisitione apud Romanos Ciceronis tempore*, p. 1-58; París, 1856.

(2) Cic., *De leg.*, III, 47.

(3) V. Pothier, *Trat. de Proced.*, etc., t. II, p. 281.

(4) Etiam rusticus.

(5) Si plegios nullos habet (Philipps, *ob. cit.*)

(6) Dies partibus præfigi solet. Qua existente essonia rite concurrunt legitima... Placitumque per duellum solet terminari. (*Ibid*).

(7) In misericordia domini regis. (*Ibid*).

de lo contrario recaía sobre él la infamia y otras penas; si era el acusado, sufría la pena reservada al delito que se le imputaba, sus bienes eran ademas confiscados, y sus hijos desheredados para siempre.

En caso de muerte, no podía tampoco quedar en libertad el acusado dando caucion, á ménos que no recibiese una autorizacion especial del rey, y si la muerte había tenido lugar sin testigos no podía presentarse como acusador ningun otro que el más próximo pariente del muerto; pero cualquiera que estuviese ligado á él por la sangre ó por relaciones feudales ó de servidumbre, (1) podía vengarse en justicia si había sido testigo del homicidio. La mujer del difunto tenía el mismo derecho en igualdad de circunstancias, *quia una caro sit vir et uxor*. Ya hemos dicho que el acusado podía á su voluntad redimirse por el juicio de Dios ó sostener la acusacion contra la mujer (2).

La legislacion danesa de los siglos XI al XIII distinguía tambien los delitos en públicos y privados; pero parece que esta distincion servía únicamente de base á la division principal de las penas. Los mismos delitos públicos se dividían en dos clases, segun que se expiaban con una multa ó eran castigados con la pérdida de la libertad ó con otras penas más severas aún. Los delitos más graves de la primera categoría tenían señalada una multa de cuarenta pfennings (3).

Otros delitos ménos graves eran castigados con una multa de nueve marcos.

Seguían luego los que sólo llevaban una multa de tres marcos.

Puede creerse, por lo demas, que si la distincion de los delitos en públicos y privados no tenía por objeto la persecucion oficial de los primeros, ciertos crímenes graves eran perseguidos, sin embargo, por un magistrado público sin necesidad de querella ó de acusacion privada. Esto es, por lo ménos, lo que parece haber sucedido desde fines del siglo XVI (4).

La ley española no permitía la acusacion sino á los que

---

(1) *Homagio vel dominio* (Philipps, *ob. cit.*)
(2) *Probationem mulieris sustinere*, (*Ibid*. V. más arriba).
(3) El marco pfennins se distingue del marco de plata.
(4) Kolder., *ob. cit.*, § 155.

la comprenden, y exceptua al mismo juez porque puede ser *terrible al acusado*. Quiere, sin embargo, que el acusador pueda aterrar al culpable, y ademas, que una acusacion no sea contraria á la moral ni sospechosa bajo ningun concepto; por consecuencia, no pueden acusar: la mujer sino por muerte de su marido; el menor de cuatro años, el hombre de mala reputacion, el perjuro, el sobornado, el que ha entablado ya dos acusaciones, el que se halla en un estado de notoria pobreza, el cómplice, el pariente al pariente en línea ascendente ó descendente, el hermano, excepto en el delito de lesa-majestad ó en los cometidos contra parientes dentro del cuarto grado, los suegros, yernos y padrastros, el que se halla bajo el peso de una acusacion á ménos que sea en delitos contra su persona ó contra alguno de sus parientes en los grados expresados; pero el condenado á destierro perpétuo no puede ya acusar. Ningun juez puede acusar, pero puede informar al rey de los delitos cometidos en su jurisdiccion.

La acusacion debe hacerse por escrito con los nombres del acusador, del acusado y del juez, y con la designacion del delito, del lugar, del año y del mes en que se ha cometido, debiendo el juez indicar el dia en que la admitirá y hacer prestar al acusador el juramento. El que acusa calumniosamente debe sufrir la pena que provoca, excepto el tutor de un huérfano, el que acusa de monedero falso, el heredero que prosigue la acusacion intentada por el testador contra una persona á quien éste acusaba de haber querido darle muerte, el que acusa por delitos cometidos contra su propia persona, el que acusa por la muerte de un pariente dentro del cuarto grado, y en fin, el cónyuge por la muerte del otro cónyuge (1).

En China, la investigacion de los delitos se hace con más celo quizá que prudencia, aunque haya allí cosas muy estimables en este punto. Así, no se reciben acusaciones anónimas aunque sean fundadas de hecho, y se prohiben bajo pena de muerte. El que encuentra una de éstas y la presenta al magistrado es condenado á recibir ochenta palos, y si el magistrado la admite, recibe á su vez ciento. El que intenta un proceso criminal suministrando

(1) Asso y Manuel, *ob. cit.*

datos falsos es castigado con la pena del Talion como calumniador, excepto cuando la pena debiera haber sido capital, en cuyo caso sufre la inmediata inferior.

Pero el que con dañada intencion se convierte en acusador, el que intenta un proceso calumnioso, es á veces castigado con una pena superior á la que hubiera debido sufrir el acusado si se hubiese reconocido culpable. Si uno imputa á otro un crímen que él mismo ha cometido, la pena es entónces de un grado inferior á la del Talion, sin duda por tener en cuenta el instinto de propia conservacion.

Si la ley es tan severa con los delatores que se ocultan y con los acusadores injustos, impone, por el contrario, á los magistrados la estricta obligacion de recibir toda acusacion regularmente formulada, y si se niegan pueden ser condenados de ochenta á cien azotes y al destierro.

La institucion de una magistratura encargada de averiguar los delitos y de perseguir de oficio á los culpables es una de las más propias para mantener el órden público, para garantir la represion de los delitos y para prevenir las enemistades que son la consecuencia necesaria de la acusacion privada.

Antes de la institucion ó del restablecimiento de esta magistratura, era á veces obligatorio suplirla escepcionalmente. Así, los Assisses de Jerusalen establecen que «si el muerto no tiene parientes ni amigos para perseguir el asesinato, corresponde al rey, al señor ó á la dama de la tierra encargarse de ello» (1). Y, sin embargo, hasta mediados del siglo XIV no reapareció el ministerio público en nuestras instituciones, cuando el mismo rey se halló plenamente investido de la supremacía social (2).

Pero con la autoridad del monarca, con el derecho y el deber de velar por el buen órden general y de perseguir los delitos, comienza el procedimiento inquisitorial, el procedimiento por informaciones (3). Y como el poder ya en

---

(1) Cap. 237.

(2) En Venecia, desde el siglo XIII, un ministerio público perseguía de oficio á los acusados. (Sclopis, *ob. cit.*, t. II, p. 234).

(3) A ejemplo de lo que se practicaba en los tribunales eclesiásticos, en particular en los del Santo Oficio, en los que el procedimiento era secreto, en que se recibian las declaraciones de todo el mundo, en que el acusador podía permanecer ignorado del acusado, y en que éste no tenía defensor. Si este infame tribunal ha hecho un servicio al procedimiento criminal, el de introducir el uso de los procesos verbales, ¡cuán

su fuerza, pero disputado aun por los señores, podía sacar un gran partido del derecho de informacion, sobre todo si era ejercido sin inspeccion, no tardó en establecerse el procedimiento secreto (1) y á seguida el tormento. Las pruebas por el duelo fueron prohibidas desde el siglo XIV, aunque ya San Luis las había proscrito en sus tierras. Habíalas reemplazado por la prueba testimonial; pero con la nueva circunstancia de que las declaraciones podían ser recibidas fuera de la audiencia por comisarios delegados para recogerlas, y eran escuchadas en secreto, redactadas y enviadas al juez como una de las bases de su decision.

---

perniciosa influencia no ha ejercido por otra parte! Y no hablo de las irregularidades de su procedimiento, de su arbitrariedad dentro de lo arbitrario, ni tampoco de sus abominables juicios.—V. Sclopis, *ob. cit.*, t. II, p. 246;—Llorente, *Historia crítica de la inquisicion en España* (obra traducida al francés);—Rodriguez Baron, *Compendio de la historia crítica*, en español, etc., 2 t., en 18, París, 1823;—Leon Gallois, *Historia sumaria de la inquisicion en España*, en 18, París, 1828;—*El Manual de los inquisidores*, etc., resúmen de la obra titulada *Directorium inquisitorum*, etc., en 12, Lisboa, 1762, etc.;—Gianone, *Storia civile del regno di Napoli*, t. I, p. 364, 367, 368, 559, 560; t. II, p. 4, 78, 86, 97, 98, 107, 114, 115, 124. Parece que los inquisidores desplegaban tanto celo en hallar culpables, que perseguían á los Judíos por usura y sortilegio, cosa que les estaba prohibida, como ajena á su competencia, por la ordenanza del 21 de Junio de 1302. Sábese que ya no les bastaban los vivos, y que de buena gana hubieran hecho resucitar á los muertos que se habían librado de sus hogueras para hacerles morir en regla: de aquí el procedimiento contra los cadàveres.—Véase sobre esto á Witt. Hagan. (J.-de) *De cadaveribus punitorum*, etc., Maestr., 1768. —Véase para las relaciones de la inquisicion en el derecho criminal de Alemania, á Rosshirt, *ob. cit.*, t. I, p. 232; t. III, p. 249, 256, 265, 271, 273 y siguientes; y respecto á los excesos cometidos por este tribunal, la *Historia de Alemania*, año 1231-1234; para la inquisicion en Francia, á Fleury, *Instit. al der. ecles.*, t. II, c. 9; *Hist. del der. publ. ecl. franc.*, t. II, p. 99-112. Sclopis y Forti, *ob. cit.*, han dado á conocer la historia de la inquisicion en Italia. V. *Rev. crit. de leg.*, t. XIII, p. 450 y 464, y *Anales de la Filos. crist.*, art. de A. du Boys, año 1857-1858.

(1) Por lo comun, las víctimas de un atentado no se atrevian á presentar la querella «pour ce que fréquemment les pauvres parties excédés par gens qui sont de noble maison, ou riches et opulens, crains et redoutez, n'osent faire plaintif, ne ceux qui ont grand intérest és grands crimes et delicts n'oseraient pour les causes susdites faire aucune poursuite: ou que bien souvent apres les crimes commis, les délinquans ou leurs parens pacifient, en maniere que les excédéz craignent faire plaincte en justice, et denoncer les cas et crimes: au moyen de quoi plusieurs grands et scandaleux exces et delicts, et de pernicieux exemples ont demeuré parcy devant, et sont encore impunis et inamendez, au tres grand grief et préjudice de la Republique. Pour a ce obvier és grands griefs et scandaleux crimes, et de pernicieux exemples cy apres déclarez en l'article subsequent, le juge royal incontinent qu'il en aura esté adverty, sans attendre plaintif ni denonciation en informera, ou fera

Este procedimiento era ya practicado en las jurisdicciones eclesiásticas y había invadido los tribunales de la Iglesia despues de haber tomado carta de naturaleza en el derecho canónico en virtud de una decretal de Inocencio III. Aplicado al principio á la conducta disciplinaria de los clérigos, convirtióse enseguida en una de las principales formas judiciales de las oficialidades.

Por lo demás, el inquisidor debía ir acompañado de dos auditores por lo ménos, y los hechos que tenía la mision de aclarar eran determinados por el tribunal que le había comisionado. Los testigos juraban decír verdad, y las partes llamadas á declarar podían recusarlos, formando estas recusaciones parte de la instruccion secreta.

Esta informacion preliminar que componía la inquisitoria escrita y secreta fué reconocida primero, al ménos parcialmente, por una ordenanza de Luis XII en 1498. En ella se habla de procesos ordinarios en que la informacion, los debates y la sentencia todo era público, y de procesos extraordinarios que tenían por objeto los grandes crímenes denegados y que debían instituirse por inquisitoria. La publicidad de los procesos criminales no fué ya al fin del siglo XV sino una excepcion.

El procedimiento criminal en el derecho bohemio tenía un carácter inquisitorial; pero el juez no trabajaba de oficio; esperaba que se le señalase el crímen ó el delito, y los gastos del proceso se fijaban de antemano (1). La iniciativa de la persecucion tenía, pues, un carácter de acusacion, siendo, bajo este punto de vista, una especie de procedimiento mixto.

Los Polacos han preferido generalmente el sistema de acusacion al inquisitorial. Sin embargo, Jagellon (1422) prometió á la nacion establecer jueces permanentes que estarían encargados de perseguir los delitos (2).

En Alemania y en la mayor parte de los países de raza germánica, ha prevalecido hasta nuestros dias el sistema inquisitorial, debiendo trazar nosotros sus caracteres esen-

informer de son office, et la requeste des advocat et procureur du roy au siege royal, qui seront tenus de leur part faire leur devoir de requerir et poursuyvre envers le juge ce qu'ils adviseront.» (Liset, *Practica judic.*, fol. 4, en 12; París, 1603).

(1) Maciejowski, segundo per., *ob. cit.*

(2) *Idem*, tercer per.

ciales segun la manera cómo se ha practicado. En este punto no podemos seguir quizá mejor guía que Paulsen: «Inmediatamente, dice, que una autoridad judicial ha tenido conocimiento de la perpetracion de un delito, sin necesidad de una acusacion privada ó pública, esta autoridad procede á la informacion y busca las pruebas de la culpabilidad del acusado, pero debe atender igualmente á todas las circunstancias que puedan probar su inocencia. La legislacion contiene reglas segun las cuales debe proceder el juez para obtener la conviccion de la culpabilidad del procesado, y si adquiere este convencimiento pronuncia el juicio de condena. Por regla general, el juez inferior trasmite al tribunal superior las piezas del proceso con un proyecto de sentencia, y el tribunal decide entónces (1). Esta organizacion, dice el mismo autor, presenta el grande inconveniente de que el tribunal encargado de pronunciar la sentencia no ha visto ni al acusado ni á los testigos, y sólo ha tenido ante su vista los escritos que presentan el detalle de las cuestiones propuestas al acusado y á los testigos, y las respuestas de éstos, así como la descripcion de su manera de ser y de sus impresiones. El tribunal superior tampoco tiene conocimiento del estado de los lugares en donde se ha cometido el crímen.» Si el tribunal superior no está convencido, puede pronunciar una absolucion de la instancia (*absolutio ab instancia*) y abrir quizá de nuevo el proceso más tarde (2).

A pesar de las muchas diferencias que distinguen las diversas legislaciones penales de los Estados alemanes, puede decirse en general, que hasta estos últimos tiempos han tenido los siguientes defectos: son inquisitoriales más bien que de acusacion, es decir, que el juez puede por sí indagar los delitos sin ser requerido para ello por un acusador público; la instruccion se hace secretamente por escrito; el acusado no es admitido á oir á los testigos, pero le son comunicadas sus declaraciones, y el tribunal pronuncia la sentencia fundado en el proceso verbal (3). Estos defectos

(1) En muchas causas, principalmente en las instruidas á los nobles, el tribunal inferior sólo se compone de un magistrado, y desempeñando este tribunal las funciones de acusador, de juez de instruccion y de defensor, se ha creido prudente dejar á un tribunal superior el encargo de condenar en definitiva. Sólo en los casos más graves se llama un abogado á título de defensor de oficio.

(2) *Rev. de der. franc. y estr.*, t. I, p. 833 y s.

(3) Véase sobre este asunto, á M. Mittermaier, *Das deutsche Straf-*

entrañan otros que la experiencia se encarga de deducir tan rigurosamente como podría hacerlo la más severa y razonada lógica: las pasiones humanas, sin hallarse sujetas á las leyes mecánicas, se desarrollan, sin embargo, segun las leyes propias de la vida, sino en todos los individuos, en un gran número de ellos al ménos.

Este género de procedimiento que tiene su base en la constitucion de Cárlos V, la que se había inspirado como hemos dicho, en el procedimiento eclesiástico, tiende principalmente á obtener la principal de las pruebas (*regina probationum*), la confesion del acusado. De aquí para obtenerla, todo género de sutilezas, de lentitud, una especie de tormento moral, y como medio una larga detencion preventiva. Cuando había indicios graves permitía la Carolina el uso del tormento para obtener la confesion; pero este medio bárbaro ha sido abandonado ya en toda la Alemania, tendiéndose á volver á la publicidad de los debates y á la constitucion de un tribunal que ofrezca á los acusados y á la sociedad todas las garantías apetecibles.

Estos vicios no son, sin embargo, esencialmente inherentes á la iniciativa del poder en la investigacion y persecucion de los delitos, y prueba de ello es que en Francia y en otros países se ha sabido reunir las ventajas de los dos sistemas, pudiendo decirse, por lo tanto, que la publicidad no es simpática al poder en las monarquías absolutas y en las oligarquías, y sólo se halla asegurada en las monarquias constitucionales ó en las democracias. Tan cierto es que todas las instituciones particulares nos conducen siempre á las diferentes formas de gobierno.

El acusador público que se halla obligado por la misma naturaleza de sus funciones á inquirir los delitos y á perseguirlos, merece más indulgencia aun que el acusador privado; y si á cada instante hubiese de temer ser castigado por su celo, se haría tan circunspecto que sería un mal guardian del órden público. Pero no vemos la razon por qué el acusador público haya de ser castigado con ménos severidad que cualquiera otro, si abusando de la confianza que la sociedad depositó en él, hace una imputacion sin fundamento. Hay más: como es muy sensible y siempre perjudi-

---

verfahren in der Fortbildung durch Gerischtsbrauch, etc., 2. vol.— Fœlix da cuenta de ella en su *Revista*. t. IV, p. 163, 179 y s.

cial ser acusado injustamente por una accion de que no haya la conviccion jurídica, y de la cual, por lo tanto, no pueda señalarse el actor; es justó que quien sale absuelto de una acusacion y es reputado inocente, pueda exigir daños y perjuicios. Este es, por otra parte, un medio de hacer circunspecta la acusacion, independientemente de la pena que debe imponerse á todo calumniador público.

La esfera de accion del acusador público hallase limitada, no pudiendo tomar la iniciativa sino en aquellos delitos que atentan al órden social ó en los que violan los derechos cuya proteccion está especialmente confiada á su vigilancia: ademas, su accion se halla subordinada á ciertas condiciones que tienden á prevenir la arbitrariedad y la justicia.

El acusador público no puede tampoco recibir inútilmente de cualquier persona el encargo de perseguir un asunto criminal cuya iniciativa no la competa. Compréndese, en efecto, qua hay personas absolutamente incapaces de un acto tan grave, y que hay otras á quienes altas conveniencias morales obligan á la paciencia y al silencio: éstas sólo relativamente son incapaces, y aun, forzoso es reconocerlo, al proclamar esta especie de incapacidad, el legislador atiende más á la moral que al derecho (1).

---

(1) Muy. de Vougl., p. 588-591.

Véase sobre la acusacion pública en general: Benjam. Constant, *ob. cit.*, p. 161, 181, 187, 192;—*Ensayo sobre las leyes*, p. 97, 134 y s.— Birnbaum, *ob. cit.*, p. 153;—y sobre la publicidad de los debates: L. Hug. Fr. von Sageman, *Die Oeffentlichet des Strafverfahrens;* Heid., 1835. La cuestion es aquí examinada bajo el punto de vista de la justicia, de la política y del derecho público, p. 8 y s., y resuelta en el sentido de la publicidad bajo este triple punto de vista. Hace el mayor elogio de esta obra de Pedro Ayrault: «El órden, formalidad é instruccion judicial que han seguido los antiguos Romanos en la acusacion pública» (París, 4.ª edic., 1610. Crit. de Rossi, p. 29).

CAPITULO IV.

DEL ACUSADO.

SUMARIO.

1. La informacion debe de ser reservada en sus sospechas, y principalmente en sus actos.—2. Debe ser diligente en sus investigaciones.—3. Prescripcion de la acusacion; sus motivos.—4. Notable ley polaca.—Ley rusa que lo es ménos.—5. Acusacion dirigida contra personas determinadas.—Del arresto preventivo.—6. Leyes de Egipto y de Atenas sobre el asunto.—7. Lo que antiguamente se exigía al acusado.—8. Detencion preventiva; sus vicios.—Lo que se practica en China.—Lo que se practicaba en otras partes en la Edad Media.—9. Exencion de ciertas formas de procedimiento ó de la acusacion: en Inglaterra en la Edad Media; en España.—10. Acusacion dirigida contra los muertos: en España, en Francia y en otras partes.—Bárbaros que no han cometido esta injusticia.—11. Exencion sacada de la cosa juzgada: *non bis in idem*.—12. Exencion sacada de las cartas del príncipe.—Abusos en este punto.

Si al principio sólo se conoce el delito, y no hay ni querella, ni denuncia, ni acusacion dirigida contra determinada persona, la indagacion del culpable sólo puede fundarse en inducciones más ó ménos legítimas: ademas, el mismo delito puede ser más ó ménos grave, y su castigo más ó ménos útil á la sociedad; y en presencia de esta incertidumbre y de estos diversos intereses, hay que respetar el derecho de los indivíduos de no ser expuestos en vano á una persecucion criminal.

Para poder dirigir abiertamente contra alguno graves sospechas, son necesarias poderosas presunciones.

Más poderosas aún se necesitan para privar á un ciudadano de su libertad ántes de saber ó para saber si es culpable. ¿Y qué diríamos de los suplicios á que se le expusiera para adquirir la incierta conviccion de su inocencia?

El interés de la justicia exige que la averiguacion de los culpables se haga con diligencia, y este es tambien el interés de los mismos particulares.

La justicia y el órden público exijen de consuno que se fijen las sospechas; que no recaigan amenazadoras sobre

cierto número de personas á quienes pueden facilmente alcanzar, pero muchas de las cuales son inocentes, y que tienen derecho á salir lo más pronto posible de esta falsa situacion, como todos tienen el derecho de ser juzgados con prontitud, lo cual es tambien un deber de la justicia penal. Si, pues, la accion de esta justicia se duerme, si descansa más allá de un cierto tiempo durante el cual han podido extinguirse los ódios, cesar la alarma, complicarse los intereses y perderse los medios de prueba, el órden público exige que no sea turbada esta vuelta á la tranquilidad, á la seguridad, al trabajo y á las buenas relaciones sociales, y que la inquietud del culpable, su fuga y sus sufrimientos se consideren como una pena suficiente.

De aquí la prescripcion de la acusacion, la de las indagaciones comenzadas y el sobreseimiento de la instancia; y esta prescripcion podría obtenerse en un tiempo más ó ménos largo, segun la gravedad del delito. Habiéndose reconocido generalmente que el tiempo lleva ya consigo una especie de expiacion, los legisladores se han creido en la necesidad de determinar el tiempo durante el cual podía considerarse reciente un delito, y de rebajar la pena pasado ese tiempo.

En 1505 estableció una ley polaca que el crímen se considerara reciente año y medio despues de su perpetracion y se castigara en consecuencia. Un crímen de más remota fechá no era llevado al tribunal de la provincia, sino al de la justicia señorial de la comarca, y la pena era más benigna. Una muerte se consideraba reciente hasta las veinticuatro horas despues de haberse cometido, trascurridas las cuales, el culpable, en vez de ser condenado á muerte, sólo sufria una pena pecuniaria (1).

El Código ruso declara prescrita la acusacion á los diez años de haberse perpetrado el delito; pero desgraciadamente exceptúa un acto de conciencia que, léjos de ser un delito, podría ser una obligacion moral: tal es el abandono de la religion rusa. En el mismo caso se halla la desercion militar; pero aquí el legislador estaba en su derecho, principalmente tratándose de la desercion enfrente del enemigo.

Si la querella ó la acusacion va positivamente dirigida

(1) Macieiowski, tercer período.

contra determinadas personas, si, sobre todo, se imponen penas á la calumnia en materia criminal, el arresto del denunciado se halla ménos expuesto á error; pero áun en este caso el arresto y la detencion preventivos serían injustos si no se fundasen siempre en una gran verosimilitud, si no fueran absolutamente necesarios por la imposibilidad de salvar de otro modo los derechos de la sociedad y de los particulares, en el caso en que el arresto no se hubiera llevado á cabo por los medios más moderados, y si, en fin, la detencion durase más del tiempo estrictamente necesario para ilustrar provisionalmente la conciencia del juez, como tambien si tuviese un carácter de dureza que la hiciese semejante á una pena.

Sin embargo, en Egipto, el arresto del acusado seguía generalmente á la querella, y lo mismo se practicaba entre los Judíos. Lo que era mucho más grave es que el pueblo tenía una especie de derecho en estas dos naciones á entregarse á toda clase de excesos contra el particular acusado de ofensas á la religion, cuya singular justicia se llamaba el *juicio del cielo.*

La ley de Atenas permitía conducir por fuerza ante el magistrado al acusado; quien podía interponer el recurso de la prescripcion, la excepcion de la cosa juzgada, la conciliacion ó la competencia, oyéndose luego las respuestas del querellante. Despues de prestar juramento las partes, se presentaba la causa por un magistrado particular, y otro oficial subalterno leía todas las piezas, de las cuales tomaban nota los jueces. El acusado que no se presentaba, era condenado en el acto, sin perjuicio de pedir la anulacion de la sentencia si se presentaba dentro de los diez dias siguientes. Esta demanda le era concedida si probaba que no había comparecido por motivos independientes de su voluntad, en cuyo caso se comenzaba el proceso de nuevo. El querellante que no se presentaba á sostener la verdad de su acusacion, era condenado á pagar la sexta parte del objeto sobre que se litigaba.

El acusado no siempre era reducido á prision: de ordinario, podía librarse de ella dando fiadores que prometían presentarle cuando el tribunal lo reclamara. Sin embargo, algunos crímenes fueron exceptuados de esta facultad, tales como la alta traicion, la conspiracion contra el Gobierno popular y la infidelidad de los depositarios de fon-

dos públicos: en estos casos debía reducirse á prision á los acusados poniéndoles grillos (1).

Hemos visto, hablando del acusado y de la acusacion, que el acusado habíase hallado obligado durante mucho tiempo lo mismo que acusador, á afirmar por medio de juramento su inocencia, y á prometer igualmente por caucion no sustraerse á la accion de la justicia. Hemos notado sobre este asunto, excepto para la libertad provisional bajo fianza, que la medida era poco moral, y aun podríamos añadir, poco religiosa: digamos tambien que ofrece pocas garantías, al ménos respecto al juramento de inocencia. Los códigos modernos han hecho perfectamente en suprimir este juramento.

En cuanto á la detencion preventiva, podríamos recibir lecciones de los pueblos á quienes consideramos bárbaros. Tres son los defectos capitales de esta medida, y consisten; en reducir á prision sin necesidad á un simple acusado; en hacer de esta prision, no un medio de seguridad, como debía ser, sino una pena, aunque la culpabilidad no esté probada, y sin que por lo demás esta pena se cuente para reducir la que se haya merecido; y, por último, en no abreviar bastante este tiempo de prevencion.

Segun la ley china, los acusados no son culpables sino cuando son condenados por la publicidad de sus crímenes ó por sentencia del juez. La detencion preventiva no tiene, pues, en China carácter penal: allí la ley encarga al magistrado respetar la posicion, la edad y el sexo, tener los necesarios miramientos á los ancianos y á los enfermos, templar los calores del estío y los rigores del invierno, y permitir, en fin, á la piedad filial y á la amistad llevar á los detenidos los consuelos y alivios que puedan disminuir sus sufrimientos (2).

¿Por qué nuestros jueces de instruccion y otros agentes de la justicia no habían de responder al acusado de sus actos arbitrarios ó de su negligencia? ¿Por qué el público no había de tener la facultad de asistir á este primer acto judicial, sobre todo, si no se admitía el jurado de acusacion? En esta publicidad habría una garantía de rapidez. No

---

(1) Jenofonte, *Hallan*, I, 450: Demost., *contra Timoc.;* Lysias, *contra Philon*; Din., *contra Ariston.*

(2) *Memoria sobre los Chinos*, t. IV, p. 157.

recuerdo en qué pueblo del Norte, en la Edad Media, se hallaba establecido que para que los asuntos no sufrieran dilaciones, el acusado tuviera el derecho de obligar al acusador á terminar el proceso comenzado, y el acusador respondía al acusado de las dilaciones de que hubiera sido causa (1).

Es una máxima del derecho español, y podría decirse del derecho universal, que sólo pueden ser acusados los que pueden delinquir y ser castigados; pero no deja de ser interesante el ver cómo ha sido entendida esta máxima. Segun una ley de Enrique II, rey de Inglaterra, se podía tambien ser acusado á los sesenta años y más, como igualmente en los casos en que se tenía un miembro inutilizado (2) ó heridas graves; pero no se estaba obligado entónces á sostener el proceso por medio del duelo, sino que podía justificarse por el juicio de Dios, es decir, por el hierro ardiendo, si se trataba de un hombre libre, ó por el agua, si de un *rusticus* (3).

Segun una antigua ley española, no pueden ser acusados: los muertos, á no ser en el crímen de lesa-majestad, de heregía ó de malversacion de los caudales reales. Puede ser acusado despues de muerto, el juez que ha agraviado á la parte que acusa, el ladron sacrílego y la mujer que ha amenazado de muerte á su marido, porque los culpables de esta índole deben sufrir en sus bienes la pena que no han sufrido en su persona. No pueden ser acusados los menores de catorce años, excepto en el caso de homicidio, robo ú otros delitos análogos, en que es permitida la acusacion á los diez y ocho y medio; pero debe dulcificarse la pena; los furiosos, los locos y las justicias, miéntras les dure el empleo, excepto en los delitos que cometan en el ejercicio de sus funciones. No se puede ser acusado por segunda vez por los delitos de que se haya sido absuelto ya, á ménos que se pruebe que ha habido fraude en la primera acusacion, ó si habiendo sido intentada la primera acusacion por un extraño, presente la segunda un pariente que pruebe que había ignorado la primera (4).

Más de una observacion tendríamos que hacer sobre

(1) Macieiowski, segundo período, t. II, p. 86.
(2) Y lo mismo un hueso cualquiera, *ossis cujuslibet fractura.*
(3) Philipps. *ob. cit.*
(4) Asso y Manuel, *ob. cit.*

estas disposiciones; pero nos limitaremos á decir, que es poco cristiana la persecucion que no se detiene ante la muerte; que es absurda, si sólo puede alcanzar á una memoria insensible; injusta, si ha de lastimar á los inocentes en los bienes que les ha dejado el difunto, é injusta en todo caso, porque el acusado no puede defenderse. Los bárbaros habían tenido en este punto más religion, humanidad y justicia que la devota España, cuando decidieron dejar en paz la memoria del acusado que moría ántes de ser juzgado, si sus parientes juraban su inocencia sobre su tumba (1). Sin embargo, justo es que digamos que esta legislacion no era particular á España; en general, no se extinguía el delito con la muerte del culpable, sino cuando no se trataba ni de duelo, ni de suicidio, ni de crímen de lesa-majestad, ni de rebelion á mano armada; excepciones que eran tanto más absurdas cuanto que los dos primeros casos pertenecen más á la moral que al derecho (2).

El acusado puede tambien oponer justamente en su favor la santidad de la cosa juzgada, excepcion que cae en la máxima *non bis in idem*. Poco importa que se presenten ménos acusadores ó que la parte pública no haya intervenido en el primer proceso; porque la identidad de la causa debe tomarse de la del delito, y si la primera vez se han cometido errores en favor del acusado, éste debe disfrutar el beneficio, como habría soportado el perjuicio de una condena contraria. Sin embargo, si llegaran á descubrirse nuevos hechos propios para ponerse en claro la culpabilidad ó la inocencia de un antiguo acusado que hubiera sido absuelto ó condenado, deberíanse á la parte civil los daños y perjuicios en el primer caso, y la libertad de toda pena en el segundo. Hay más; la sociedad debería, en cuanto fuera posible, reparar los errores de la justicia hecha en su nombre y por sus órganos.

Pero la máxima *non bis en idem* dejaría de ser aplicable si el juez criminal hubiera sido inducido á error por el mismo acusado, por ejemplo, si este hubiera sobornado á los testigos ó al mismo juez; cuestion que sería necesario resolver primero judicialmente.

Las cartas del príncipe pueden asimismo prevenir una

---

(1) Grimm, p. 262.
(2) V. Pothier, *Proced. crim.*, p. 402 y s., ed. 1178.

sentencia criminal y relevar de una prescripcion en caso de rebeldía. Por lo demás, distinguíanse diferentes clases de cartas, los casos particulares en que podían tener lugar, aquellos otros en que no podían darse, las condiciones necesarias para obtenerlas, la cualidad de los jueces á quienes debían dirigirse, y en fin, la manera de proceder á su confirmacion (1).

Estas cartas son una nueva prueba de la intervencion del rey en la administracion de la justicia criminal; pero eran un abuso del poder cuando llegaban á relevar á un acusado de la accion civil.

---

(1) V. Pothier, *ob. cit.*, 410 y s.

LIBRO TERCERO.

DE LA INSTRUCCION CRIMINAL.

OPERACIONES QUE LA CONSTITUYEN.

CAPITULO PRIMERO.

COMPROBACION DEL DELITO.

SUMARIO.

1. Primera operacion del procedimiento criminal.—2. Si el juez puede abstenerse de informar, y bajo qué condiciones.—Ley española.—3. Precauciones que deben tomarse en la comprobacion de los delitos.—4. Inconveniente de que sean prescritas por la ley.—Prejuicio que aún subsiste entre nosotros.—Ley rusa.

El magistrado informado por la querella, por la denuncia, ó enterado por la acusacion de la existencia de un delito, debe naturalmente asegurarse ante todo de la existencia, de la naturaleza y de la gravedad de este delito, indagar su autor, hacerle comparecer ante él, á pesar de todos los obstáculos que puedan presentársele, adquirir el convencimiento de su culpabilidad, y en fin, despachar la querella y declararle ya culpable, ya suficientemente disculpado para justificarse solemnemente ante el tribunal pleno y en presencia del público, ó ante un tribunal superior.

Compréndese bien que estas operaciones no son necesarias, que varían segun la organizacion de los tribunales criminales y segun la gravedad de los delitos, y que el juez instructor puede estar encargado por la ley de pronunciar una sentencia definitiva de absolucion ó de condena, ya solo, ya reunido al tribunal de que forma parte, como tambien de remitir al acusado, sobre todo si es materia grave, á un tribunal diferente ó superior, que á su vez puede dele-

gar en alguno de sus miembros para examinar si el asunto debe llevarse más léjos, si debe sufrir la prueba solemne de los debates criminales, ó si el acusado debe ser puesto en libertad. Estos delegados, solos ó reunidos al resto del tribunal superior, podrían evidentemente pronunciar á puerta cerrada ó en público una sentencia de condena definitiva. Si tampoco lo hacen, es porque se quiere multiplicar las pruebas, y ver una y otra vez el asunto, á fin de no exponerse á condenar con ligereza á un ciudadano. Estas escrupulosas lentitudes revelan un profundo respeto á la justicia y son una garantía de que será sábiamente administrada, pero sólo existen en los pueblos civilizados.

Por bien escogidos que puedan ser los jueces, es necesario en interés de la justicia y del órden, que tengan una marcha trazada para cada operacion, una manera regular y uniforme de proceder, de la cual no puedan separarse. Estas formas son preciosas garantías que deben reunir la sencillez y la prudencia, y tienen por fin el descubrimiento de la verdad, debiendo caminar á este descubrimiento sin rodeos, con método y firmeza; pero tambien con un espíritu de discernimiento y de crítica tal, que si la investigacion hecha con toda la prudencia posible no conduce á nada cierto, sepa reconocer y declarar la misma incertidumbre de sus resultados, y por consiguiente la necesidad moral de no exponerse á castigar á un inocente.

La ley española exige que la querella tenga un objeto determinado para que el juez se halle en la obligacion de obrar, porque de esta manera le es siempre posible comprobar el cuerpo del delito. Segun la misma ley, nadie puede rehusar ser pesquisidor, excepto en caso de enfermedad, enemistad ó proceso; pero si se trata sólo de comprobar un hecho cuyo autor sea todavía desconocido, no son valederos estos dos motivos últimos. El pesquisidor español es un verdadero juez de instruccion, un juez de hecho, y no un simple testigo llamado para comprobar este hecho; pero hay que advertir que este es un juez popular ó puede serlo, puesto que nadie puede rehusar sus funciones, siendo castigado con el talion el que no obra con lealtad (1).

---

(1) El que es pesquisidor contra un corregidor, no puede ser corregidor en el mismo punto hasta un año despues. El rey, ó el consejo en su nombre, puede nombrar el pesquisidor, ó á instancia de partes, ó

En la comprobacion de los delitos hay precauciones naturales que tomar, pero que si están prescritas por las leyes, deben ser interpretadas con prudencia. El pueblo se persuade frecuentemente,—porque la prudencia exige que se dejen las personas y las cosas en el estado en que se encuentren,—que no puede sin exponerse á un grave castigo cortar la cuerda de un ahorcado por poco que le quede de vida, como si la justicia que tiene por fin el castigar la muerte, pudiera mirar como un crímen que se haya tratado de salvar la vida de un hombre. Este prejuicio viene de nuestras antiguas leyes que prohibían tocar á un cadáver ántes que se hubiera probado el género de muerte que había sufrido. Lo cual prueba que hay cosas buenas en sí, que es sin embargo preferible no mandarlas, al ménos de una manera conminatoria, porque se puede temer más de la interpretacion abusiva de la prescripcion, que esperar de su sana inteligencia. La ley rusa ha conservado la medida prohibitiva de que hablamos; medida que en un país en que se atiende á la letra de la ley por temor de incurrir en una pena elevándose á su espíritu, expone á los desgraciados á perecer abandonados por temor de que una mano homicida intente borrar las huellas del crímen. Preferible era la ley egipcia que castigaba al que dejaba morir á un hombre sin prestarle auxilio.

La primera operacion del procedimiento criminal, propiamente dicho, es la de asegurarse de si el delito existe realmente y cuál es su naturaleza y gravedad; lo que exige que se tengan en cuenta las circunstancias: así se busca el cuerpo del delito.

Una querella ó una denuncia pueden ser falsas; pero el magistrado que tiene el encargo de recibirlas no debe suponerlas ligeramente, sobre todo cuando hay penas señaladas para las denuncias sin fundamento.

---

por su propia autoridad. El pesquisidor debe: 1.°, prestar juramento; 2.°, marchar en el plazo de tres dias; 3.°, ir á expensas de la parte que persigue; 4.°, no formar más que un proceso, aunque sean muchos los delincuentes; 5.°, cumplida su mision, comunicar su sentencia á los jueces ordinarios ó de residencia, respecto á los ausentes de su jurisdiccion; 6.°, ningun juez comisionado puede condenar á un grande sin consultar al consejo; 7.°, debe dar cuenta de su mision en el plazo de veinte dias, y el escribano que le acompaña debe remitir el proceso en un plazo de dos meses al escribano del consejo, so pena de 3.000 maravedises de multa y un año de suspension.

La ley podría obligar al juez á asegurarse siempre de la verdad ó de la falsedad del hecho denunciado; y el legislador español, entre otros, le concede la facultad de no dar curso á la querella no probada, si la considera inspirada en un espíritu de malevolencia: en todos los demás casos, hállase obligado á obrar, y ni el querellante ni el denunciador tienen la obligacion de probar préviamente su aserto (1), porque no podrían hacerlo la mayor parte de las veces, ó las dilaciones que esta prueba ocasionaría serían un grande obstáculo á la comprobacion del delito. Pero es dejar al juez una demasiada amplitud el permitirleabstenerse siempre que le parezca producto de la malevolencia una querella no probada; porque puede suceder muy bien que sea evidente la malevolencia, y que no por eso deje de ser efectivo el delito.

---

(1) Asso y Manuel, *ob. cit.*

CAPITULO II.

INDAGACION DEL CULPABLE.—CITACION.

SUMARIO.

1. Medios ordinarios de descubrir al autor de un delito: medios extraordinarios; monitorios.—Abusos.—2. Citacion en Roma; garantías en favor de la libertad individual.—3. Se prevenía al acusado.—Cómo era citado.—4. Citaciones bajo los reyes francos.—5. Plazos multiplicados; lo que prueban.—6. Citacion entre los Eslavos.—7. Formalidades y precauciones particulares exigidas por la desigualdad legal de condiciones.—Abusos que resultaban de esta desigualdad: impunidad ó guerras privadas.—8. Costumbre á que ha dado orígen en Polonia, en Masovia y en Bohemia.—9. Uso particular de este país, principalmente en los delitos con ocasion de las propiedades inmuebles.—10. Plazo de comparecencia en Dinamarca en la Edad Media.—11. En España hoy.—12. Otras leyes modernas sobre el asunto.—Es inútil recordarlas.—Su superioridad.

Despues de haberse comprobado el delito, es necesario buscar su autor, y si éste es señalado por testigos oculares ó por el público rumor, la informacion es naturalmente bien dirigida en sus investigaciones: de otro modo vése obligada á referirse á las circunstancias, á inducir de ellas presunciones más probables, y á seguir los indicios de que pueda tener necesidad. En otro tiempo solicitaba el auxilio de la Iglesia, y por boca del obispo hacía á los fieles un caso de conciencia el denunciar al culpable bajo pena de excomunion; pero esta práctica que tenía sus peligros, tuvo tambien sus abusos, y Cárlos IX, por su ordenanza de Orleans (1560), limitó el uso de los monitorios y prohibió darlos, como no fuese en caso de escándalo y de crímen público.

En Roma, nadie podía ser llamado ante los tribunales permanentes sino en virtud de una ley, de un plebiscito ó de un senado-consulto aprobado por los tribunos; lo cual era una perfecta garantía para todo el mundo, pero principalmente para los débiles, para los hombres del pueblo.

Constituía la prevencion una declaracion solemne del magistrado manifestando que se proponía acusar á tal per-

sona, tal dia y por tal delito: mandaba comparecer al acusado, y para asegurar la eficacia de esta medida le arrestaba, á ménos que alguien garantizase su comparecencia. El dia designado, el magistrado ordenaba que un heraldo desde lo alto de la tribuna intimase al acusado á comparecer, y esta intimacion se hacía en la puerta del acusado mismo y desde lo alto del Capitolio: si no se presentaba y no había tenido ningun motivo para ello, era condenado; pero si había sido retenido por una enfermedad ó por otras causas graves, por ejemplo, si había estado ocupado en los funerales de algun pariente, se le declaraba excusado y se señalaba para otro dia el juicio. Si el acusado comparecía, tenían lugar inmediatamente los debates (1).

Bajo los reyes francos, se intimaba al inculpado hasta cuatro veces diferentes á comparecer ante el conde: dábansele ocho dias, ó más bien ocho noches (los plazos se contaban por noches) en la primera citacion, catorce en la segunda, veintiuno en la tercera, y cuarenta y dos en la cuarta; y sí al cabo de este tiempo no comparecía, se le embargaba su propiedad. Hasta pasado un año no se pedía al rey que dictara contra el contumaz la pena que creyese conveniente (2).

Segun la ley sálica, el señalamiento se hacía con testigos, primero para los ocho dias, y despues para los catorce (3), y al segundo señalamiento debía aumentarse en tres el número de los testigos. Si el inculpado no comparecía el dia catorce ántes de ponerse el sol, el rey confiscaba todos sus bienes, y quien despues de esto le daba alimentos ó le recibía bajo su techo, incurría, fuese hombre ó mujer, en una multa de seiscientos dineros (4).

Todos estos plazos prueban dos cosas: la primera que era á veces difícil dar á conocer al inculpado ó al prevenido la citacion que le concernía, y la segunda que el derecho de defensa era ya muy respetado en esta época en las legislaciones del Norte, en donde era más estimada que en

---

(1) Adam, *Antig. rom.*—Véase tambien Des Essarts.
(2) *Carol. Magn. Capit. ad leg. Rip.*, año 803.
(3) Pardessus, *Ley sálica.* Otros dicen cuarenta dias.—V. Lehuerou. Quizás deban distinguirse aquí dos citas provisionales y dos definitivas.
(4) V. Lehueron, p. 379, *Leg. sal.*, tít. LIX; *Ley de los Alemanes*, sobre los Assises, tít. XXXVII.

otras partes la libertad personal, sobre todo en los pueblos de raza germánica. Así, entre los Alemanes se hacían hasta siete citaciones ántes de juzgar á un ausente, y entre los Húngaros el proceso debía instruirse dentro de un año (1).

En un principio, los Eslavos admitían el principio razonable de que se puede citar á todo el mundo ante los tribunales, y que nadie puede ser juzgado sin haber sido oido, excepto si voluntariamente falta. En Polonia, en tiempo de Boleslao I, un pobre campesino, una pobre mujer podía hacer comparecer ante el rey á un gran señor, y lo mismo sucedía entre los Rusos y los Servios, no habiendo excepcion hasta que los monarcas eslavos permitieron á los particulares tener una jurisdiccion propia. La citacion en justicia era oral; parece que entre los antiguos Eslavos, como entre los Romanos, el mismo querellante sin testigos hacía la citacion (2).

La citacion debía ser una formalidad difícil de llenar en los tiempos y los países en que era poco conocida ó poco respetada la igualdad ante la ley, principalmente en las épocas en que aun no emanaba de la autoridad judicial, sino de los querellantes. Si en los tiempos en que la justicia se administraba ya en nombre del rey, y de un rey tan absoluto como Luis XIV, los oficiales subalternos encargados de hacer la citacion, se hallaban expuestos á mil ultrages, cuyo recuerdo está todavía vivo en nuestros campos. ¡Cuantos abusos, cuántas injusticias de este género no habrían tenido lugar cuando los particulares debían requerir la comparecencia en justicia, presentar en persona la citacion, y si necesario fuere, llevar al acusado ante el juez! Así habrían reemplazado á la justicia la impunidad de los grandes respecto á los pequeños, y la guerra de poderoso á poderoso. Los legisladores han debido procurar prevenir estas deplorables consecuencias de una sociedad mal organizada, cuyas tentativas se echan mucho de ver en el derecho eslavo.

En la Gran-Polonia, todo el mundo, sin excepcion, era citado por escrito ante el tribunal ordinario, y en el de la *Wieca* (tribunal excepcional), el oficial de justicia citaba oralmente en cualquiera parte donde encontraba al acusado. Si la citacion se hacía ante otro tribunal, no podía entrar en la casa de un señor, y hallábase obligado á pasar á éste

(1) Macieiowski, segundo período.
(2) *Ibid.*, t. II, p. 58, 72.

una citacion por escrito por conducto de su intendente y á nombre del principal magistrado de la localidad. En la Pequeña-Polonia, sólo se citaba por escrito ante los tribunales inferiores á los señores y á los nobles (los barones y los militares), y aun el mismo juez podía citarlos por medio de sus domésticos ante dichos tribunales si eran acusados de un delito. El juez polaco se detenía ante la puerta del acusado y llamaba con la vara que era el símbolo de su autoridad; llamaba en alta voz al acusado por su nombre, le exponía brevemente el contenido de la citacion y se la entregaba luego escrita. Esta citacion sólo podía hacerse por órden expresa del juez y á peticion del querellante, de sus parientes y amigos: de otro modo el ugier era severamente castigado. El juez no debía citar hasta que se le presentara una querella y estuviere convencido del derecho del querellante. El Estatuto de la Pequeña-Polonia indicaba los casos en los que no debía permitir la citacion. Si el acusado no comparecía despues de dos citaciones, era castigado, y á la tercera, se le condenaba definitivamente, imponiéndosele una fuerte pena al noble, y una ligera al censatario ó al domiciliado plebeyo (1).

Hacia fines del siglo XIV (ántes de 1390), en Masovia como en Bohemia, si un noble mataba á otro, el querellante por medio de un oficial de justicia le llamaba tres veces por su nombre en la plaza pública y le emplazaba ante la justicia. Si no se presentaba á la tercera intimacion, hallábase obligado á abandonar el país durante un año y seis semanas, y á sufrir una condena como si no se hubiere defendido, siendo por lo tanto juzgado en rebeldía. Si el príncipe le llamaba ante su tribunal y no comparecía, eran confiscados sus bienes que retenía el ofendido, ó para siempre ó hasta que hubiese satisfecho en rentas el equivalente de la indemnizacion á que tenía derecho. Los parientes podían rescatarlos.

El que era citado por un delito debia comparecer en persona; y el Estatuto de Casimiro dice expresamente (p. 43) que no comparezca el padre por el hijo, ni el hijo por el padre ni el hermano por el hermano, ni el servidor por el amo, ni el amo por el servidor. Los cómplices (*Gehilfen*) son res-

---

(1) Macieiowski, segundo período, p. 74, 75.

ponsables solidariamente con el autor de un delito. En cuanto á la querella puede ser presentada al tribunal ó por el ofendido ó por sus parientes, pero no por otros, cuya medida era comun al derecho polaco y al bohemio. En la Pomerania, los caballeros de la órden de la Cruz no comparecían ante la justicia sino por procurador; pero el Papa lo decidió de otra manera. En Hungría, había la costumbre de permitir al acusado comparecer por procurador, mientras que el querellante debía comparecer en persona (1).

Los Bohemios tenían una manera de citar en justicia sumamente complicada, que se diferenciaba mucho de la de los Alemanes. El que quería citar por escrito debía dirigirse primero á un escribano, despues al antiguo oficial de justicia *(an den atten Komornik)*, de donde pasaba al ugier *(Geritchtsdiener)* que hacía la citacion. Este ugier ó komornik antiguamente debía tener un sello, por cuya estampacion se había de pagar una cierta suma al escribano del tribunal de la provincia. Cuando la acusacion iba sellada, el querellante debía presentar su querella por escrito en los archivos del país, tomar un abogado y proceder segun la instruccion recibida. Lo mismo debía hacer el acusado, obteniendo ante todo el *visa* del escribano que se había encargado de redactar la querella depositada en su poder, y el cual debía llenar todas las formalidades jurídicas y tranquilizar á las partes. Entregaba ademas al acusado una copia exacta certificada.

El komornik no citaba solamente á las personas que habitaban en la jurisdiccion del tribunal, sino á cualesquiera otras que residieran fuera de aquélla, en cuyo caso le auxiliaba en su ministerio su colega de la otra demarcacion.

Cuando la mujer citada no se hallaba en su casa, el komornik la buscaba por todas partes, particularmente cuando estaba persuadido de que no había de encontrarla. En estas indagaciones no se le debía oponer ningun obstáculo. No hesitamos decir que si la mujer no se encontraba en la casa en el momento mismo en que se la buscaba, ésta no era una prueba de que no estuviese allí.

El que no tenía domicilio fijo, era citado la primera vez

(1) Macieiowski, segundo periodo, p. 76, 77.

en el mercado, la segunda en la propiedad en donde se hallaba habitualmente, y la tercera en los pequeños pueblos más próximos (1).

Las formalidades de la citacion eran diferentes cuando se trataba de delitos contra las propiedades inmuebles; en cuyo caso era necesario trasladarse á las fincas y proceder allí segun las formas establecidas, las cuales diferían tambien segun que se tratase del petitorio, del posesorio ó de los gastos. En caso de daños causados, el querellante llevaba á un oficial de justicia al prédio á donde debía concurrir igualmente el acusado, y para estar más libres en sus movimientos, las partes debían quitarse sus vestidos más pesados, por ejemplo la capa, é ir al campo á pié: si no lo hacían, el mismo agente de justicia les despojaba de sus ropas en provecho propio. El querellante mostraba el lugar y la naturaleza del daño; señalaba su trigo destruido, sus frutos en el suelo, sus árboles cortados, etc.; indicaba por signos cómo había sucedido esto; el acusado espresaba á su vez del mismo modo que él no había hecho nada de aquello, y luego, para confirmar mejor su aserto, se pujaban en la fijacion de la pena que debía imponerse al culpable si no se justificaba, cuya pena no aprovechaba á la parte victoriosa, sino á los funcionarios públicos. El querellante comenzaba y ofrecía trescientos dineros si perdía; lo mismo hacía su adversario, y así continuaban elevando cada vez la suma de trescientos dineros hasta novecientos: cuando llegaban en tres veces á esta suma, y como cansados de esta puja, cogían papel y se obligaban á ceder en beneficio de los funcionarios todos sus bienes en caso de ser condenados. En los casos de poca importancia, el asunto se terminaba por una advertencia: el que había sido perjudicado por su vecino llamaba á un komornik, que ordenaba á este vecino reparar el daño causado (2).

Este original procedimiento no había sido ciertamente imaginado por los litigantes; pero por inícuo que fuese, necesario es convenir en que tenía la ventaja de evitar los procesos, y daba una idea poco favorable de la justicia humana.

Muchas personas podían ser molestadas intencional-

(1) Macieiowski, segundo período, p. 78, 79, 80, 82.
(2) Macieiowski, segundo período, p. 108 y 109.

mente con citaciones desprovistas de fundamento, y para evitar estos disgustos y el perjuicio mismo que podía resultar con tal medida, ordenó Waldemar II, rey de Dinamarca (1202-1241), que en el caso en qué fuese desconocido el asesino, no se podría inculpar sucesivamente más que á tres personas, ni llamar más de diez para justificarse por el hierro candente (1).

La citacion debia darse con un plazo de dos dias, cuando el asunto había de llevarse ante el *landsting*; pero si la comparecencia era ante el *herred*, bastaba el plazo de un dia. Si el acusado no vivía en la provincia, sino en algun otro punto del reino, tenía seis semanas para comparecer, y si se hallaba fuera del reino, un año y un dia. Si no justificaba algun impedimento *(forfald)* era condenado cada vez á dos *œres* de multa en beneficio del querellante; si no comparecía la tercera vez, pagaba al rey tres marcos, y en fin, si no se presentaba al cuarto llamamiento, se pronunciaba la sentencia; pero si el acusado comparecía enseguida y probaba que no se habían hecho en regla las citaciones, el asunto quedaba definitivamente juzgado al quinto día (2).

En el tercer período del derecho danés, es decir, desde el 1220 á 1522, los plazos de citacion eran generalmente para el Jutlandio de cinco dias cuando el citado se hallaba en el distrito *(herred)*; si se hallaba fuera de esta circunscripcion, de catorce dias, y de un mes si se hallaba fuera de la provincia. El que no tenía domicilio era citado ante el tribunal del país *(placitum generale)*, y nadie podía ser privado de sus jueces naturales.

Cuando el acusado no se presentaba al cuarto dia, se pronunciaba sentencia definitiva (3).

En España, la acusacion se hacía ante el juez competente, que debía citar al acusado en el término de veinte dias, comunicándosele la acusacion. Si el acusador no se presentaba en este plazo, el juez podía emplazarle, y si no comparecia, era absuelto el acusado y condenado el acusador al pago de las costas y de los daños y perjuicios, á una multa de cinco libras de oro para la cámara y á la infamia. Podía

(1) *L. de Schon.*, V, 38; Kolderup, segundo período.
(2) Kolderup, segundo período, § 72, p. 139.
(3) Kolderup, segundo período, § 119, p. 259.

abandonarse la acusacion con el consentimiento del juez en un plazo de treinta dias, y en todo tiempo, cuando se reconocía que no había habido mala fé en la acusacion (1); pero siempre ántes de la sentencia en las causas criminales que llevaban consigo pena corporal, excepto en el adulterio (2), que es precisamente el caso en que, por el contrario, la justicia humana debiera dejar más libertad á las partes.

Me abstengo en este punto, como en otros muchos, de hablar de las disposiciones de nuestras leyes modernas que son suficientemente conocidas. Conténtanse en general con dar al acusado el tiempo necesario para comparecer, y si fuese preciso, autorizan al juez para apoderarse inmediatamente de su persona. La justicia se presenta á la vez más prudente, más fime, más ilustrada y más pura.

---

(1) Asso y Manuel.
(2) Nota de Palacios.

CAPITULO III.

DE LA REBELDÍA.

SUMARIO.

1. El acusado puede desconocer los mandamientos de la justicia.—2. Cuestiones que se presentan con este motivo.—3. Observaciones.—4. Uso casi universal de los partidos que se pueden tomar.—5. Lo que se practicaba en Atenas y en Roma.—6. Establecimiento de San Luis sobre este asunto.—Fuero de Borgoña.—Legislacion española.—7. Costumbres bien diferentes en Masovia.—8. Circunstancias contrarias conducen á leyes diferentes.

El acusado puede desconocer las órdenes de la justicia hasta el punto, no sólo de no someterse á ellas, sino tambien de resistirlas por la fuerza ó de sustraerse á ellas por la fuga, en lo cual se halla tanto más interesado cuanto el delito es más grave y mayor la pena. De aquí la necesidad y el derecho en que está el juez de proceder inmediatamente al arresto; pero los casos en que puede ser privado un ciudadano de la libertad ántes de todo juicio deben hallarse determinados por la ley; á cuyo acto sólo pueden proceder los agentes de la fuerza pública, autorizados al efecto, pues de otro modo hallaríase comprometida la libertad individual y las colisiones serían inminentes.

Pero ¿qué hacer si son estériles las pesquisas de la justicia, si el acusado no puede ser hallado y detenido, si se halla en un país extranjero con el cual no se tengan tratados de extradicion? ¿Se le acusará igualmente? ¿Cómo se dirigirá el proceso? ¿Cuál será la sentencia? ¿Podrá serle favorable, á pesar de su desprecio á las leyes y á la justicia? Y siéndole contraria, ¿no sería condenado sin haber sido oido? ¿Habría de expiar su rebeldía? ¿Sería esto indefinidamente ó por un tiempo limitado? ¿Qué valor tendría la sentencia provisional que le hubiera condenado? Podrían proponerse aquí muchísimas cuestiones que se presentan naturalmente en la práctica, y que han resuelto de diferente manera las diversas legislaciones. Trataremos de sentar

algunos principios respecto á las más importantes, y reproduciremos algunas de las disposiciones legislativas más notables en la materia. Observemos primero que es una práctica casi general suponer la culpabilidad de un acusado que no se atreve á presentarse á la justicia: su huida es considerada como una especie de confesion, y es en todo caso una desobediencia á las leyes y á los magistrados, dictándose contra él más ó ménos pronto una sentencia provisional ó definitiva; provisional si la justicia, no ha agotado todos sus recursos y toda su misericordia invitándole á someterse á su fallo; definitiva, si por el contrario le ha invitado muchas veces en plazos más ó ménos largos, en todas partes en donde creía que podía ser oido su llamamiento. De estos dos modos de proceder, es evidentemente el más humano y con frecuencia el más justo, el que llega más tarde á una sentencia definitiva: este es tambien el que siguen los pueblos más civilizados.

Sólo es sensible que una sentencia que puede ser definitiva, se dicte, por decirlo así, *ab irato*, sin suficiente exámen y que se eleve casi siempre al máximum. Y ante todo, ¿por qué no se han de dictar sino sentencias condenatorias? Castíguese cuanto se quiera la rebeldía por el hecho mismo de haberse sustraido á la accion de la justicia, puesto que este hecho constituye una falta; pero que esta falta cierta no se confunda con el delito que se persigue: la accion de la justicia debe dejarse en suspenso ántes de ser irreflexiva (1). A pesar del uso casi universal, yo entiendo que se puede con justicia plantear la cuestion siguiente: Si el acusado se escapa, ¿conviene condenarle como si se hubiera defendido, como si se le hubiera reconocido de un modo regular culpable, aunque esta condena sólo fuera condicional? ¿Por qué no se le había de defender entonces sériamente? ¿Por qué no podía ser satisfecho? Hay á veces hechos tan probables, coincidencias tan terribles, á pesar de la falsedad de las combinaciones á que se prestan; hay tanta incertidumbre y á veces tanta ligereza en los juicios humanos, que un acusado inocente á quien condenan sin embargo las apariencias, puede con razon temer el resultado de la acusacion. Dícese que si el asunto es oscuro para

(1) Como antiguamente en Roma, y hoy en el gran ducado de Baden. V. *Rev. de legislacion*, t. XXIX, 1847, p. 61, art. de *Reuter*.

él, lo es tambien contra él, y que se salvará á merced de estas tinieblas; pero esto no es verdad.

Si se le castiga en su ausencia, puede intimidarse de tal modo, sobre todo si es perseguido por enemigos poderosos, apasionados é interesados en su perdicion, que á pesar de su inocencia desespere de poder salvarse de otra manera que evitando la accion pública ó la pena.

Por otra parte, no sería menester que pudiera sustraerse impunemente á la accion de la justicia.

Sólo hay, por lo tanto, dos partidos que tomar: ó instruir formalmente el proceso considerando la fuga del acusado como una especie de confesion y echando sobre él, sobre su falta y falta sobre su desconfianza de la justicia, todas las consecuencias desagradables de su ausencia de los debates, y pronunciar definitivamente la sentencia como si se hallase presente, salvo el derecho de apelacion (1); ó bien un juicio provisional, expeditivo, en que se niegue el derecho de hacerse representar y defender, salvo el anular de derecho esta sentencia por la representacion del acusado en un determinado plazo, ó convertirla en definitiva pasado dicho plazo.

Es tanto más extraño que se condene al rebelde sin oir su defensa presentada por un tercero, cuanto que se le permite mentir á la justicia si se hallase presente ante ella, y no se le condenaría por su sola confesion. Por una parte, se deja al instinto de conservacion y de defensa una considerable amplitud, y no se puede consentir que el hombre se convierta en acusador de sí mismo: *Nemo perire volens auditur;* y por otra, se considera un crímen en el rebelde el hallarse poseido de terror, el tener la incertidumbre de los juicios humanos, y el ceder á ese mismo instinto de conservacion, cuando le lleva á buscar su salvacion en la fuga.

Uno de los puntos más interesantes del derecho criminal romano en la época del imperio es el relativo á los rebeldes. Bajo el régimen de las jurisdicciones permanentes, la ausencia voluntaria del acusado no impedía proceder á la instruccion, á los debates y pronunciar la sentencia (2);

(1) Esto es lo que parece haberse practicado en Atenas.
(2) Excepto quizá la sentencia capital, l. 6, Cod., *De accusationibus*.

pero si la ausencia era involuntaria se podía aplazar la vista.

El emperador Trajano fué el primero que estableció la regla de que un acusado no pueda ser condenado sin ser oido (1). Si el delito que se imputa al ausente, sólo mereciera una pena pecuniaria ó que afectase al honor, podía pronunciarse la condena; pero si se trataba de una pena mayor que ésta y que la relegacion, tal como la de minas ó la capital, se distinguía segun que la ausencia tuviese ó no causa legítima: en el primer caso; se concedía una próroga; en el segundo, exigía la ley que el ausente se presentase en el término de un año. Si se negaba, se le confiscaban los bienes, y si era habido, podía ser condenado á una agravacion de la pena sin que los bienes le fuesen devueltos; si por el contrario, se presentaba en el término de un año, podía ser absuelto ó condenado sin agravacion de pena, y la confiscacion se dejaba sin efecto.

Segun los Establecimientos de San Luis, cuando el malhechor se escapaba, el baron mandaba intimarle en el lugar en donde se encontrara, á la puerta de su parroquia á comparecer en el plazo de siete dias y siete noches para reconocer su crimen y justificarse. El baron le hacía llamar tambien en pleno mercado, y si no respondía al llamamiento en los siete dias y siete noches, se le emplazaba de nuevo para que compareciera á los quince dias y quince noches; llamábasele una tercera vez para que compareciese dentro de los cuarenta dias y cuarenta noches, y si no se presentaba á esta intimacion, era desterrado en pleno mercado. Si se presentaba en seguida y no podía excusar su ausencia por algun motivo razonable, como por una peregrinacion ó alguna otra causa análoga que le hubiera impedido enterarse de las citaciones, el baron mandaba asolar su tierra y se apoderaba de sus muebles. Si el sospechoso no tenía á nadie que le acusase ó se mostrase parte contra él, la justicia podía, sin embargo, retenerle por sospechas que debe alejar de si todo hombre honrado. La justicia citaba á la familia del muerto para saber si alguno de los parientes quería acusar al que se creía culpable, pregonarle en la

---

(1) L. 5, D., *De pœnis;* l. 1 y 2, D., *De requirendis vel absentibus damnandis*; l. 33. § 2 y 71, D., *De procuratoribus*; l. 13, § 1, D., *De publicis jud.*, l. 1, 2, Cod., *De requirendis reis.*

puerta de la iglesia y en pleno mercado: si nadie se presentaba, el juez le concedía defenderse si podía (1).

La misma longanimidad poco más ó ménos empleaba el fuero de Borgoña: despues de tres emplazamientos el rebelde era considerado culpable y condenado como tal (2).

Cuanto más han abusado estos rebeldes de la paciencia de la justicia, con mayor razon se ha creido esta misma justicia en el derecho de ser severa, despiadada y áun cruel en este punto: tal sucede en el derecho español. Si el delito merecía la confiscacion de bienes, el secuestro se hacía sin prévia advertencia y el culpable era emplazado por tres veces nueve dias, y hállese ó no en la jurisdiccion, si no se presentaba al primer llamamiento, pagaba la rebeldía, y si se presentaba al segundo, pagaba la rebeldía y los gastos, siendo oido luego; si no, en caso de delito que mereciera la pena de muerte *(de delito de muerte)*, pagaba el *homicillo* (3), y si se presentaba á la tercera pagaba el desprez (*homicillo*) y los gastos, y era oido. Si, en fin, no comparecía, se le acusaba en forma, intimándole á contestar en tres dias, y si respondía á este último llamamiento, el proceso se consideraba terminado.

Si el acusado se presentaba en la cárcel ó si era cogido ántes de haber terminado el proceso, debía oírsele, sin embargo de que el proceso conservaba entónces toda su fuerza; y áun si se presentaba en el año que sigue al juicio podía oírsele en lo concerniente á las penas pecuniarias que se habían de hacer efectivas en este intervalo. Si el acusado moría en este plazo, sus herederos debían ser oidos respecto á las penas pecuniarias en el caso en que el delito no prescribiese con la muerte.

En cuanto á los bienes embargados al ausente, debía el juez, si aquél no comparecía en el plazo de treinta dias, venderlos en subasta pública si estaban sujetos á deterioro, y depositar el precio de ellos. Para que se pueda llamar rebelde al acusado despues de la sentencia, es necesario que

---

(1) *Establ. de San Luis*, I, 26.

(2) *Fuero de Borgoña, Obras de jurisprudencia del presidente Bouhier*, t. I, p. 169 Se aucuns fait aucun maléfice ou cas injurieux, se il ne vient pardevant le juge, apres ce qu'il aura esté radjournez par trois fois. li jugues haura pour cogneu et pour provè le dit malefice.

(3) Homicillo designa tambien una multa por rebeldía.

haya una prueba legítima, que hayan trascurrido tres meses y que el *actor* acuse de rebeldía al procesado.

Despues de todos estos llamamientos, de todas estas dilaciones y de todas estas medidas contra las propiedades de los rebeldes, la justicia parecía impacientarse y entregaba á la venganza pública, asociándose ella misma á estos malos sentimientos, á aquel que había rehusado hasta el fin someterse á los prudentes fallos de la justicia. En efecto, si los bandidos no se presentaban á los llamamientos que se les hacían, eran tratados como rebeldes, pudiendo matarlos el primero que los encontrase, y cuando se les cogía, eran arrastrados, colgados, descuartizados, y confiscados sus bienes (1).

Otros pueblos distan mucho de llegar á estos arrebatos de la cólera que humilla el amor propio, y léjos de tratar así á los contumaces, los favorecen hasta cierto punto sin duda para dar tiempo á que se calmen las pasiones excitadas por el delito. Nos referimos à una costumbre que ha existido mucho tiempo entre los Masovianos: un asesino que tenía la esperanza de ser absuelto por los tribunales, se expatriaba durante un año, y pasado este tiempo, se presentaba sin salvo-conducto y expiaba su crímen. En 1764, el derecho polaco permitía aún dar un salvo-conducto por seis meses ántes del dia de la comparecencia, cuando el delincuente quería justificarse ante los tribunales (2).

Circunstancias contrarias, tales que debían hacer temer que la accion de la justicia se paralizara enteramente por la rebeldía, llevaron á nuestros legisladores del siglo XVII á dictar severas penas contra los que favorecían á los acusados refractarios. Estaba prohibido que recibieran so pretexto de hospitalidad á los rebeldes, facilitarles armas ó víveres, prestarles cualquier clase de auxilios, bajo pena, contra los gentiles-hombres de degradarles de la nobleza, de demoler sus fortalezas y de confiscar sus personas y sus bienes, y contra los villanos de un castigo corporal (3).

---

(1) Asso y Manuel
(2) Macieiowski, t. II, p. 345.
(3) Flechier, *Memorias sobre los Grandes Dias*, introd., p. 17.

CAPITULO IV.

DEL ARRESTO Y DE LA DETENCION PREVENTIVA.

SUMARIO.

1. En qué casos pueden tener lugar.—2. Si el flagrante delito los autoriza siempre.—Ley de Atenas.—3. Ley danesa más sabia aún.—4. Ley española relativa al arresto en los territorios de jurisdiccion diferente.—5. Ley china relativa al derecho, al deber de arrestar á los acusados.—6. Libertad bajo fianza; principio del derecho eslavo.—7. Lo mismo en el derecho feudal.—8. Motivos de esta sabia disposicion.—9. Leyes singulares de Inglaterra sobre el asunto; todo el mundo se halla en estado de prevencion, solidaridad.—Reflexiones.—10. Detencion preventiva; su duracion, su carácter abusivo; su verdadero carácter.—11. Esta detencion con sus abusos es á veces preferible á la justicia expeditiva de los pueblos bárbaros que no encuentran ningun obstáculo en ejecutar prisiones.—12. Comparacion de una ley rusa del siglo XVII y de una costumbre del Japon.—¿Por qué esta costumbre?—Aparente circulo vicioso.—La ignorancia y la barbarie se explican.—13. Notable ley austriaca.

El acusado que pretende sustraerse á la accion de la justicia autoriza por lo mismo al magistrado para asegurarse de su persona; medida que puede tomarse tambien en los casos previstos por la ley, que son aquellos en los que el destierro voluntario es inferior á la pena señalada contra el delito.

Hay, sin embargo, una circunstancia en que pareceria legítimo el arresto voluntario, y es la de flagrante delito, suponiendo que la pena merecida lleve consigo la privacion de la libertad. La ley de Atenas permitía reducir á prision al que era cogido en flagrante delito; pero como era fácil el abuso de tal derecho, y áun el uso mismo podía tener graves inconvenientes, el acusador que no tenía por lo ménos la quinta parte de los sufragios, era condenado á una multa de 1.000 dracmas (1).

La ley danesa prohibía llevar violentamente al acusado ante los tribunales cuando no había sido cogido infraganti,

(1) Demost., *contra Agorat.*

y cuando el hecho imputado no era de tal naturaleza que le hiciese temer por su vida. Tampoco se le podía retener si no resultaba contra él un cargo de este género (1).

En materia civil el arresto no tiene lugar ántes del juicio sino en asuntos de deudas, únicamente tratándose de colonos, y en el sólo caso en que el demandante y el deudor habiten en jurisdicciones diferentes. En las causas criminales la prision ha llegado á ser cada dia más frecuente (2).

En España, si el acusado se hallaba fuera de la jurisdiccion en donde se hubiera cometido el delito, aunque fuese en la tierra de su señor, el juez del territorio en donde se instruía el proceso debía enviar al del lugar en que se encuentraba el acusado una requisitoria que determinara el delito y la comision si el juez fuese comisionado. Todo aquel que fuese requerido por el juez debía entregar al acusado, y nadie podía de su propia autoridad coger al culpable pasado un tiempo determinado, excepto en ciertos casos, y entregándole al juez en el término de veinticuatro horas. El alguacil no podía coger al culpable sino por órden del juez, á no ser que le sorprendiera en flagrante delito, y en este caso debía presentarle al juez ántes de reducirle á prision. El juez inferior podía tambien coger al culpable en flagrante delito y enviarle á su verdadero juez (3).

El derecho de prestar auxilio á la justicia es un deber para todo funcionario chino; pero no por esto están relevados de seguir sus investigaciones aquellos que se hallan especialmente encargados de entregar los acusados á los tribunales. Así, los agentes encargados del arresto de los ladrones tienen un plazo para hacerlo sin ser castigados si no cumplen su cometido; pero pasado ese tiempo, si sus pesquisas han sido infructuosas, se supone que ha sido por falta suya y reciben de 20 á 40 azotes.

Era un principio comun al procedimiento de todos los pueblos eslavos desde el siglo XV, que el acusado debía prestar fianza, y que el demandante se hallaba obligado á aceptarla y á dejar en libertad á su adversario, excepto en las causas capitales (4).

---

(1) Kolder., § 119.
(2) Kolder., § 179.
(3) Asso y Manuel.
(4) Macieiowski, 3.ª ép.

En la misma Edad Media, bajo el régimen feudal, los bienes del acusado respondían de su comparecencia ante la justicia el dia señalado, y si no tenía bienes bastaba la fianza de sus amigos ó de sus parientes. Si no tenía quien respondiera por él era puesto bajo la custodia de los oficiales del conde y conducido al *mallum* ó tribunal.

La libertad debe ser en efecto permitida bajo fianza, cuya garantía recuerda la de los *conjuradores*, con la diferencia de que es incomparablemente más racional. Y en el caso mismo en que los bienes no bastaran para responder de la persona, y en que los amigos ó los parientes del acusado no pudieran responder por él, siempre habría que distinguir ántes de privar á los ciudadanos de su libertad si los delitos son más ó ménos graves. ¿No sería tambien justo tener en cuenta el grado de probabilidad que puede ofrecer la presuncion de culpabilidad dirigida contra determinada persona? Esta consideracion no se había escapado á la justicia feudal, que iba aún más léjos, pues ponía en libertad bajo fianza al acusado detenido provisionalmente. En Inglaterra, el acusado fué obligado primeramente á prestar fianza para comparecer en juicio, y sus parientes salieron luego garantes del pago de la composicion y de las multas que pudieran imponérsele: más tarde, las personas de mala fama ó ya convictas fueron obligadas á prestar fianza por su conducta futura. Bajo el reinado de Edgardo todo el mundo fué puesto en la condicion de ser acusado, toda vez que había la obligacion de prestar fianza de que se respondería al posible llamamiento del juez. Las leyes de Canuto exigían ademas que todo ciudadano perteneciese á una centuria *(hundaed)*, y á una decuria (*tithing*): si los bienes del delincuente eran insuficientes para pagar la multa, los otros miembros de un *tithing* se hallaban obligados á suplirla (1).

Fuerza es que convengamos en que esta ley era de una maravillosa prevision. Pudiendo todo el mundo ser culpable, todos eran por lo mismo sospechosos á los ojos de la ley, y cada uno se hallaba en la situacion de un acusado, debiendo ofrecer á la justicia garantías de que acudiría á su llamamiento. Sin embargo, aparte de la solidaridad de esta justicia discutible que organiza al pueblo por grupos y que hace

(1) Hallam, *ob. cit.*

al grupo entero pecuniariamente responsable de los delitos de cada uno de sus miembros, la medida adoptada por Edgard y Canuto para no dejar escapar á ningun culpable, no es más estraña que las leyes de otros pueblos que confiscaban los bienes de los rebeldes: ademas, disposiciones que nos parecen hoy injustas, han tenido con frecuencia su excusa en la necesidad de los tiempos, y su legitimidad en el asentimiento del pueblo.

La detencion preventiva, es decir, su duracion y su carácter más ó ménos severo, es otro punto de la más alta importancia en el procedimiento criminal, principalmente por estas dos circunstancias: la duracion y el carácter penal de la detencion que prestan tanto interés á la libertad bajo fianza. Aunque no hubiera en la prision provisional más que la privacion de la libertad y el abandono de los propios negocios, abandono que además puede ser ruinoso, sería ya aquella medida sumamente grave, y si pudiera excusarse por la inminencia del peligro de dejar en libertad al acusado, no hay excusa posible para tratarle como á un condenado: la más leve nocion de la justicia basta para hacer comprender que esta prision sólo debe ser un medio de asegurar la persona y no una pena injusta; por lo tanto, no debe tener un carácter penal, y debe durar lo ménos posible. La legislacion rusa del siglo XVII había señalado un máximun de tiempo, pasado el cual debía recobrar su libertad el acusado si aún no había recaido sobre él un fallo definitivo, y esto en la hipótesis más desfavorable, en el caso en que hubiera sido manifiesto el delito, por ejemplo, si le hubieran cogido *infraganti*, y si hubiera tenido cómplices no conocídos todavía y á los cuales no se hubiera podido hallar (1).

Es verdad que esta posible duracion de la detencion preventiva era un poco larga, pero estaba definida y era reconocido el principio. Una detencion provisional, aunque fuera de cierta duracion y muy suave, tiene, sin embargo, ménos inconvenientes que una justicia demasiado expeditiva: lo mejor es que sea todo lo más rara y lo más breve posible, y que no tenga ninguno de los caracteres de la pena.

Los Japoneses no tienen prision: el culpable es castigado inmediatamente. Sólo por medio de engaños se puede detener á un acusado, quien, si se entera de que le persiguen,

---

(1) De Reutz, tercer período.

puede tomar la defensiva, y si es un noble, es necesario, por decirlo así, poner sitio á su casa, con órden de que él mismo se haga justicia quitándose la vida: en caso de que se niegue á esto, se da el asalto y se mata á todas las personas que se encuentren en la casa. Para prevenir este caso extremo, el culpable se hace matar por un servidor ó se abre él mismo el vientre. Algunas veces le imitan sus domésticos llevados del afecto que le profesan, y los hijos irritados se abren tambien el vientre en presencia de sus padres por simples bagatelas. Por lo demás, son educados con gran severidad, y generalmente sufren sin murmurar todo genero de privaciones (1).

Esta resistencia á la accion de la justicia es una consecuencia de la dureza de las leyes: las mismas costumbres revisten una severidad que se revela ya en la infancia, efecto sin duda de la brutal educacion que reciben. Puede ser que el legislador se vea aquí colocado en una especie de círculo vicioso, es decir, que sean necesarias leyes crueles para costumbres feroces, y que estas costumbres sean á su vez el efecto de aquellas leyes bárbaras; pero la necesidad es sólo aparente, y si no fueran un obstáculo la ignorancia y la dureza, comprendería más fácilmente el legislador que puede, tomando una sábia iniciativa, romper el círculo de hierro en que hoy se ve fatalmente envuelto.

En cuanto al verdadero carácter de la detencion preventiva, todo el mundo lo concibe, pero pocas legislaciones lo han consagrado hasta ahora formalmente, y aquellas mismas que lo han proclamado, pueden desconocerlo en la práctica. De cualquier manera que sea, la ley austriaca merece en este punto particular mencion: «La prision en donde están detenidos los acusados, dice, debe ser lo ménos incómoda posible, y el detenido no debe estar sometido allí á otra privacion que la que resulta de la necesidad de asegurar su persona y de impedir su fuga» (art. 308). El régimen de las prisiones se halla bien reglamentado (arts. 317-332); pero no se permite defensor, so pretexto de que el mismo tribunal criminal se halla encargado de esta funcion.

---

(1) Lintscot, *Ind. or. descript.*, part. II, p. 65.

CAPITULO V.

DE LOS ASILOS.

SUMARIO.

1. Los asilos paralizan á favorecen la accion regular de la justicia pública, segun los tiempos y los lugares.—2. No hablamos aquí de ellos sino bajo este punto de vista.—3. Los asilos entre los salvajes, entre las naciones civilizadas, en Oriente, en Grecia, en Roma, entre los bárbaros, en Escocia, en Inglaterra.—4. El Cristianismo debía serles favorable.—5. Abusos que se introdujeron en ellos.—6. Asilos internacionales.

La justicia ha encontrado á veces en las mismas leyes, en las costumbres, en las preocupaciones religiosas y en los abusos que de ellas han nacido, un obstáculo invencible para su más legítima accion. Así, los asilos ponían á veces á los culpables al abrigo de su persecucion y de sus penas, aunque en otras ocasiones, y así sucedería al principio, eran por el contrario una proteccion concedida al acusado contra la venganza personal ó popular, y por consiguiente, un medio de asegurar á la justicia pública su regular curso.

Ya hemos tenido ocasion de hablar de una manera general de esta clase de institucion, de su orígen, de su espíritu, de sus ventajas y de sus inconvenientes, y de hacer el merecido elogio de las ciudades de asilo establecidas por Moisés (1), y de otros establecimientos análogos. No es nuestra intencion volver sobre el asunto, que sólo consideramos ahora bajo el especial punto de vista que nos ocupa.

Cuanto más debiles son las leyes y los poderes públicos, más fácilmente puede conducir el temor de la injusticia por la venganza á otra injusticia, la de la impunidad del culpable, si puede llamarse impunidad á la situacion de un fugitivo ó de un refugiado. Es, por lo tanto, muy natural que

(1) *Nomb.*, XXXV, 11, 14, 24, 26, 27, 32, 36;—*Deuter.*, IV, 41, 42, 43; XIX, 3, 7;—*Josué*, XX, 3, 4, 5, 9; XXI.

se encuentren asilos hasta en el seno de las sociedades salvajes, y que esta clase de instituciones ofrezca allí un carácter digno de un estado tan imperfecto de civilizacion. Así, en las islas de Sandwich, los principales centros de poblacion á los que han querido llamar ciudades los viajeros, ofrecen un inviolable asilo á los culpables fugitivos, que queriendo sustraerse á la vindicta pública ó á justas represalias, tienen la suerte de llegar á la jurisdiccion de aquellas ciudades, cuya entrada hacen fácil y pronta para todos los que en ellas se presenten, multitud de vastas aberturas, unas por el lado del mar y otras dando frente á las montañas. Allí el homicida, el hombre que ha quebrantado el tabú ó faltado á alguna de sus rigúrosas prescripciones, el ladron y aun asesino encuentran proteccion y seguridad desde el momento en que entran por sus puertas. En tiempo de guerra, un pabellon blanco enarbolado siempre en un lugar saliente en cada extremo de la muralla, advierte á todo combatiente, amigo ó enemigo, obligado á huir de la persecucion del vencedor, que este lugar es para él un seguro puerto de salvacion. Los sacerdotes destinados á su guardia y los auxiliares de éstos condenaban inmediatamente á muerte al temerario profano que perseguía más allá de los límites sagrados á cualquiera que viniera á ponerse bajo la proteccion de Keave, divinidad tutelar de estos inviolables asilos. Despues de un plazo determinado, las personas que se han refugiado allí, vuelven á su residencia habitual sin tener ya nada que temer (1).

Los asilos que acabamos de ver entre los pueblos más cercanos al estado salvaje que al de civilizacion, hállanse tambien en los pueblos ménos bárbaros ó medio civilizados. El respeto que rodeó primero á estas instituciones, les hizo sobrevivir á la necesidad que les había dado orígen. Sin fijarnos más particularmente en el Oriente, donde el derecho de asilo como todo lo demás, parece haber tenido orígen, y no ocupándonos sino de los antiguos pueblos de Occidente que nos son más conocidos, hallamos el derecho de asilo establecido en casi todos los Estados de Grecia, entre los Epartanos, los Argos, los Fliasios, etc. Home-

---

(1) Freycinet, *Voy. aut. du monde*, t. I, p. 598 y 599.

ro lo menciona en uno de sus grandes poemas (1); Cadmo y Teseo habían abierto asilos en sus templos, y Cibeles pasa por haber fundado el de Samotracia. El nacimiento de Apolo y de Diana se considera que consagró el de Efeso, y Hércules Egipcio pasaba por autor del de Cánope.

Rómulo imitó á los fundadores de Tebas, y bajo sus sucesores se multiplicaron los asilos durante la república como en tiempo del imperio. Altares sin templos, las estátuas de los dioses, las de los emperadores, las tumbas de los héroes, las águilas romanas, los estandartes de las legiones, los bosques sagrados y comarcas enteras servían de asilo á los culpables.

Pero no todos los asilos eran igualmente inviolables, ó más bien, la superticion no era igualmente consecuente consigo misma en todos los países, ni los gobiernos tan complacientes en todas partes con las preocupaciones populares: así, ni Pausanias ni los ilotas se hallaron suficientemente garantidos por los asilos. Es verdad que la superticion encontraba ya acomodamientos con el cielo, y si le quedaba algun escrúpulo por la manera como había violado los asilos, sin embargo de respetarlos, sabía acallarlos con ceremonias expiatorias (2). Con semejantes recursos nada es imposible, y se puede perfectamente reemplazar la piedad por el sacrilegio; pero el abuso de la violacion de los asilos parece haber quedado muy por bajo del abuso de los mismos asilos, de lo cual se apercibieron Augusto y Tiberio, y trataron de poner correctivo á estos abusos en donde hallaban la impunidad los asesinos y los que hacían banca-rota.

Al pasar del paganismo al cristianismo, el pueblo no podía dejar de conservar los asilos y áun de rodearlos de un prestigio tanto más poderoso cuanto más santa era la nueva religion. Las calamidades de los tiempos, la invasion de la barbarie, la opresion en que gemían los pueblos bajo un gran número de tiranos, la falta, la distancia ó la debilidad del poder central, la dureza de las costumbres, la imperfeccion de las leyes, la ignorancia de los magistrados y su poca autoridad, todo esto casi justificaba hasta los abusos de los asilos. Así, las iglesias, los conventos y los

(1) *Odisea*, XV, 276.
(2) Plutarco, *Lys.*, § 56.

palacios de los príncipes habían llegado á ser lugares de refugio, y áun bastaba tocar los vestidos del rey ó su caballo para salvarse. En Alemania, ciertas casas, campos y jardines tenían tambien este privilegio, y en algunas comarcas era tan grande el respeto al domicilio, que el culpable no era perseguido en su propia casa ni en la del vecino. El plazo era de cuatro semanas. El príncipe podía salvar á un culpable cogiéndole bajo su brazo, de cuya manera salvó Dietrich á Chimhilde y Etzeln en los Nibelungen; y las princesas y las mujeres en general podían salvar á un culpable ocultándole debajo de su manto. Una costumbre semejante tenían los habitantes de Bareges en Bigorra: un culpable que se refugiaba cerca de una mujer, hallábase al abrigo de toda persecucion (1).

No sólo la casa del culpable era para él un asilo sagrado, sino que su persona debía estar tambien en seguridad en todos los sitios á donde no podía dejar de ir, como la iglesia, el *mallum*, el mercado, la misma taberna, y en el espacio que mediaba entre el domicilio y los lugares de oracion, de negocios ó de reunion (2).

Segun el Estatuto de Guillermo, rey de Escocia (1165-1214), quien viola un asilo y maltrata al que en él se ha refugiado ó quiere simplemente maltratarle, es castigado con una multa de cuatro á veintinueve vacas, y una indemnizacion de una vaca á un número que determinaban los jueces, segun que hubiere habido amenaza, ó golpe sin efusion de sangre, ó heridas, ó muerte en fin (3). Un estatuto del siglo XIII toma bajo su proteccion al ladron que da señales de piedad en una iglesia donde se ha refugiado, lo que no impide al devoto príncipe autor de aquel estatuto imponer en su provecho una multa al piadoso ladron, al propio tiempo que le obliga pura y simplemente á restituir lo robado (4), debiendo jurar préviamente el ladron sobre los santos Evangelios que no robará más. Si no puede pagar la multa, obtiene un salvo-conducto para salir del país, hasta que se haya reconciliado con el rey. En cuanto á los que son inocentes y

(1) Grimm., p. 888, 891.
(2) *Legg. Bajuv.*, tit. IX, *Aetelred. legg.*, ap. Canciani, t. IV, p. 295; *Addit. sapientum ad legg. Fris.*. t. I, l. 1, ap. Canc., t. IV, p. 295; *Hlotarii capit.*, año 832, 4; *legg. alem.*, tit. XXIX, etc.
(3) Ap. Houart, *ob. cit.*, t. II, p. 536 y 527.
(4) *Stat. Alex. II*, c. 6, ap. Houart, *ob. cit.*, t. II, p. 583.

sólo se refugian en las iglesias para esperar una justicia sin violencia, tienen el derecho de purgar regularmente la acusacion, etc., (1).

Segun el tratado de la Flete, celebrado en tiempo de Eduardo I, rey de Inglaterra, á fines del siglo XIII, no se concebía el asilo como un medio de impunidad, sino que era, por el contrario, un medio de obtener más seguramente una perfecta justicia; porque despues de haber dicho que no se puede, so pena de excomunion ó de irregularidad (segun que se trate de un seglar ó de un clérigo), arrancar violentamente á los culpables que se han refugiado en las iglesias, añade el autor que los oficiales de justicia irán allí á buscarlos y se informarán de la causa por qué van á buscar en aquel lugar santo un refugio. Si no quieren ni responder, ni salír bajo la proteccion de la autoridad pública, al cabo de cierto tiempo no son ya inviolables, y se puede por lo ménos dejarles morir de hambre (2).

Compréndese bien que el cristianismo con su espíritu de mansedumbre enfrente de la dureza de los bárbaros, del orgullo y de la ferocidad de sus jefes, debió ser muy favorable á los asilos: inclinado á compadecer al culpable casi tanto como á condenarle, acogiendo con diligencia todos los arrepentimientos, lleno de misericordia para todas las faltas confesadas, y aspirando á importar en las instituciones civiles el espíritu de caridad que le inspira, debió abrir sus templos á los desgraciados que acudían á buscar en ellos un refugio contra una justicia apasionada ó mal dirigida. de aquí los asilos cristianos.

Sin embargo, debió introducirse en esta práctica un abuso análogo al que acabamos de reconocer entre los naturales de las islas Sandwich, á favor de principios que el cristianismo no puede ya confesar, puesto que una caridad mal entendida ó algun otro sentimiento más vituperable tendía á paralizar la accion de la justicia (3). En vano Teo-

---

(1) *Stat. Alex. II*, c. 6, apud Houart, *ob. cit.*, t. II, p. 583.
(2) *Fleta*, cap. 29, ap, Houart, t. III, p. 98 y 99.
(3) Segun Beaumanoir, las iglesias no servían de asilo á los sacrílegos, á los ladrones de los caminos, á los incendiarios, ni á los que arrancaban las viñas y los trigos. «Qui conque est conpables de tix meffés, il doit estre pris, en quelque lieu qu'il soit, et justiciés selon le meffet.» El autor da tres razones para cada caso. V. *Costumbres de Beauvoisis*, cap. IX, § 15-21, *Cours d' Eglise*.

dorico y Justiniano quisieron poner remedio al mal: el poder eclesiástico encontraba en ello una popularidad fácil, y, digámoslo con franqueza, un medio cómodo de sustraer á los acusados ó á los condenados á las leyes ó á las sentencias que le parecían injustas. Fácilmente se comprende que no había de renunciar de buen grado á este signo de su poder, máxime cuando era fortalecido por el bien. Así los papas se mostraron muy favorables al derecho de asilo en las iglesias, y apénas niega el derecho canónico esta proteccion á los ladrones de los caminos (1). Otros privilegios análogos fundados en no se qué mezcla de orgullo y falsa caridad, sólo eran propios para dificultar la accion de la justicia. Así, el capítulo de San Hilario de Poitiers tenía el derecho de no consentir el paso ni la ejecucion de un criminal en la aldea en donde hubiese una iglesia dedicada á este ilustre obispo, cuyo derecho que tenía muy remoto orígen, fué confirmado en 1481 (2).

Conviene Bergier en que la proteccion dada por el clero á los culpables, no sólo en las iglesias y en los cementerios, sino tambien en los palacios de los obispos y en los conventos, no servía más que para favorecer el bandolerismo y para multiplicar los crímenes (3). Sharp dice que en Nápoles se cometían con impunidad los crímenes más atroces, puesto que si un asesino podía llegar á una iglesia ántes que se le cogiera, ya nadie tenía derecho sobre él (4). Carlo-Magno había ya intentado contener el derecho de asilo en sus justos límites, prohibiendo llevar alimentos á los criminales encerrados en las iglesias. Los reyes de Francia, de Portugal, de Inglaterra y de la mayor parte de los países de la cristiandad han triunfado por fin de este abuso (5).

---

(1) *Cod. Théod.*. lib. IX, tít. XLIV y XL. V. Pufendorf, VIII, c. 3, § 15, y Grotius, II, c. 21, § 5.

(2) V. *Orden. de los reyes de Francia.*

(3) Berg., *Dicc. de Teol.*, v· *Asilo.*

(4) Viaje, p. 136, citado por Priestley, *Curso de historia y de política*, p. 136.

(5) Puede verse ademas sobre este asunto: M. Michelet, *Orígen del derecho francés*, p. 324 y sig.; Pastoret, *Leyes penales*, IV, p. 105; Gobani, *Ciencia del gobierno*, I, 63; Goguet, *Del orígen de las leyes, de las ciencias*, etc., p. 70; Beccaria, *De los delitos y de las penas*, § 35; Jousse, *Tratado de la just. crim.*, etc., II, 195; Fleury, *Hist. ecles.*, t. XXV, 32; XXIX, 26; XXI, 15; *Historia de las obras de los sabios*, Diciembre 1688, en donde se da cuenta de la obra titulada: *P. P. Dissertatio de asylis, authoritate amplissimi ordinis philosophiæ, anno sa-*

Los soberanos, abusando del principio de que la residencia de los representantes en las potencias extranjeras debe ser tan inviolable como su propio territorio, han convertido las casas de la embajada en lugares de asilo, de lo cual no ha dado un buen ejemplo Luis XIV. Podría, por otra parte, plantearse la cuestion de si un país tiene el derecho de sustraer á un extranjero al justo castigo que ha merecido, sobre todo tratándose de delitos comunes. Es cierto que si en todas partes se administrase recta justicia, ó si las leyes penales fueran lo que debían ser, habría más verdadero espíritu de humanidad de gobierno á gobierno en secundar mútuamente la accion de la justicia que en hacerse protectores de los criminales. Otra cuestion sería el saber si la extradiccion propiamente dicha sería un atentado contra la libertad del refugiado, y si no valdría más darle la órden de abandonar el territorio en donde había esperado hallar un refugio.

---

lutis 1682, in audit. Gust. publico examini oblata ab autor, Gust. Carlholm Vermelando; de Lerchenfeld (Maximil. Ad. Fr. Xav. lib. barb.), *Benignitas moderatæ Ecclesiæ romanæ in criminosos ad se confugientes*, etc., Ingolst., 1761, en 4.º; *Ensayo histórico sobre las leyes*, p, 72; *Memoria de la Academia de Inscripc.*, t. XI, p. 59; XXXVIII, p. 55; XL, p. 30; LXXIV, p. 46; año 1845, 2.ª parte, p. 307-308; *Memoria de Scipion de Ricci*, t. IV, p. 13; Alb. du Boys, *ob. cit.*, t. II, p. 395, 598; *Biblioteca de la escuela de cartas*, 1853, p. 351-375, 573-591; 1854, p. 151-175, 341-359.

CAPITULO VI.

DE LAS PRUEBAS EN GENERAL

SUMARIO.

1. Lugar del interrogatorio.—2. Es difícil que esta parte de la instruccion sea pública.—3. Importa, sin embargo, que el juez de instruccion se limite á su deber.—4. Los debates públicos destinados á dar más garantías.—5. La instruccion secreta es sin embargo de la más alta importancia; cuestion que suscita ya.—6. Dos principales sistemas de pruebas, el uno más bien moral, y principalmente legal el otro; sus caracteres; su reunion.—7. La teoría de las pruebas pertenece principalmente al segundo sistema.—8. Vicios de las pruebas legales: á qué se refieren; beneficio del jurado.—9. Legislaciones sobre este punto: las de la India, de la China, de Esparta, de Roma, de los Francos, de los antiguos Rusos, de los Daneses, de algunas comarcas de Alemania, del Gran Ducado de Baden actualmente: escrúpulos del legislador polaco.—10. Reflexiones sobre las condenas inciertas.—11. Cómo ha creido el legislador de los Estados-Unidos poder conciliar el jurado con el sistema de pruebas legales.

Una vez que ha cumplido su mision la policía judicial, que ha sido designado el acusado, que se ha puesto á disposicion del juez, ó que no hay esperanzas de capturarlo, conviene asegurarse de su culpabilidad. Ya hemos hablado de la denuncia y de la acusacion, que son un primer testimonio contra el acusado; ahora se trata de oir á su vez á éste, de carearle con el acusador y de oir tambien á los testigos que se presenten por ambas partes.

Sería de desear que estas operaciones fuesen públicas, pero son necesariamente tardías; están llenas de tanteos, de incertidumbre, de marchas y contramarchas, y exigen prudencia, habilidad y cierto arte para deshacer los engaños de los culpables y destruir su sistema de mentiras en que estriba su defensa; cosas todas que sería casi imposible practicar con la publicidad de las operaciones, la cual no es compatible con el éxito del interrogatorio del acusado, como no se tuviera á éste incomunicado durante todo el curso de la informacion: de otra manera podría concertarse

con los testigos y adoptar un sistema de defensa propio para engañar al juez.

Importa, por otra parte, que el juez instructor cumpla con su deber, buscando á los culpables con inteligencia, celo y lealtad, y sería conveniente que fuese acompañado no sólo de un subordinado, tal como un escribano, sino tambien de un juez adjunto (1) y de un amigo ó del defensor del acusado. Estas precauciones nos parecerían suficientes para garantir por completo á la sociedad y á los particulares.

Si la instruccion de la causa no puede ser pública sin graves inconvenientes, es necesario, al ménos, que una vez en camino de fijar sus convicciones y de dictar una sentencia absolutoria ó de condenacion, la justicia proceda públicamente. Habrá, ademas, en este segundo acto del drama judicial: 1.°, un acusador público que represente los derechos y los intereses del cuerpo social; 2.°, una parte civil que hará conocer la naturaleza y extension de los daños sufridos y las reparaciones que exigen; 3.°, un defensor que expondrá todos los medios propios para justificar al acusado, ó por lo ménos para excusarle; 4.°, un juez diferente del primero, que ofrezca más garantías de conocimiento y de imparcialidad, el cual instruirá de nuevo la causa en presencia del acusado, de su defensor y del acusador público. Pero esta vez el juez, es decir, el tribunal, sabrá mejor el órden que conviene seguir en las cuestiones; conocerá mejór los testigos que debe invocar y su valor relativo; todo se hallará préviamente dispuesto en su espíritu, gracias al trabajo escrito del juez de instruccion, el proceso verbal que habrá formado y hecho firmar, y que será á la vez la base, la regla y la piedra de toque de la última y solemne instruccion. Y áun cuando fuese desmentida, todavía serviría para hacer resaltar la verdad de las últimas operaciones, puesto que las peripecias de este género son como el claro oscuro de un cuadro.

La solemnidad de los debates no es, por decirlo así, sino la representacion de un drama, preparado en el silencio y en el recogimiento; pero la publicidad y la animacion que le acompañan, son á la vez un espectáculo instructivo y edifi-

---

(1) La asamblea nacional había exigido para la preparacion de los procesos verbales la presencia de dos notables llamados por el juez.

cante y una nueva garantía para la sociedad y para el individuo acusado.

El proceso se halla, por decirlo así, terminado, aparte del efecto que deben producir las pruebas en el espíritu del último tribunal; pero el juez de instruccion y el tribunal que pronuncia despues de él sobre la acusacion, deben haber recorrido todos los elementos de prueba y tener una conviccion casi completa de la culpabilidad ó la inocencia del acusado, ó sobre la imposibilidad de adquirir esta conviccion.

Pero ¿qué es una conviccion? ¿Cómo se forma? ¿En qué condiciones se puede tener en pró y en contra? ¿Cuándo es permitido tenerla? ¿Cuándo obligatorio? Graves cuestiones son éstas, que la teoría no ha resuelto siempre de la misma manera y en las que dista mucho de hallarse de acuerdo la práctica de los pueblos.

Hay dos sistemas principales relativamente á las pruebas: el que permite al juez formar su conviccion como quiera, aconsejándose sólo de su conciencia, y el que, no queriendo dejar nada á la conciencia del juez, le indica con precision los casos en los que deberá condenar ó absolver, es decir, los casos en que deberá darse por convencido ó no, cualquiera que sea en realidad el estado de su espíritu y de su conciencia.

El primer sístema ha debido preceder al otro, y es el más sencillo: el segundo sólo ha podido resultar del abuso del primero y de la falsa persuasion de que todo se puede prever y apreciar préviamente. La ilusion y los abusos de este segundo sistema han decidido á los legisladores modernos á volver al primero, procurando prevenir los abusos por la eleccion de los jueces ó por su número. Pueden llamarse estos dos sistemas de pruebas, moral el primero y legal el segundo; el uno tiene un carácter más espiritual, el otro más literal; el prímero está al alcance del sentido comun, el segundo exige más ciencia; el uno sólo pide espontaneidad y sentimiento, el otro exige reflexion é ideas; el uno es para lo vago, lo simple y lo instintivo; el otro para la precision, los detalles y la inteligencia: el sistema moral siente más que pesa y cuenta; el legal cuenta; pesa más que siente.

La perfeccion consistirá quizá en sentir bien, en contar y pesar bien; pero haciendo todo con plena libertad de conciencia y sin ser maquinalmente conducido por los derroteros de la ley.

La teoría de las pruebas se reducía naturalmente á muy poco en el sistema moral, siendo más negativa que positiva: no sucedía lo mismo con el sistema de las pruebas legales, por lo cual dista mucho de ser estéril esta parte de la literatura jurídica. No es nuestro objeto darla á conocer, tanto ménos cuanto que existen sobre la materia publicaciones recientes que se recomiendan por su erudicion, á la par que por su solidez (1): haremos notar solamente con un jurisconsulto italiano que en el sistema de las pruebas legales se creía poder aplicar el cálculo á la estimacion de estas pruebas, lo que conducía á singulares consecuencias. En efecto, como dos testigos formaban prueba plena, se creía que un solo testigo formaba media prueba; se redujeron á un valor numérico todas las pruebas, todos los indicios y todas las presunciones, como si números cualesquiera, aplicados á hechos de diversa naturaleza bastaran para expresar el valor lógico de todas sus combinaciones posibles y en fin, como no se podía satisfacer así la conciencia moral del juez, se imaginó una conciencia jurídica, sometida á todas las reglas de derecho y al cálculo de las probabilidades, procurándose ocultar bajo un tejido de ilusiones el vicio esencial de un procedimiento que no podía producir una entera conviccion, al someterse á un cuerpo de doctrina falso y adaptable á todo género de arbitrariedades y de absurdos (2).

El legislador había creido poder determinar *á priori* cierto número de circunstancias, en que la imputacion debía pasar por cierta, y en que el juez, por consiguiente, no tenía ni la facultad de satisfacer ó de absolver (3), ni la de abstenerse ó fallar que se ampliara la instruccion, limitándose su papel á reconocer la existencia de los hechos previstos por la ley y condenar en consecuencia. El legislador no había pensado en que obraba sobre una mera abstraccion, y en

---

(1) Nos referimos principalmente al *Tratado de pruebas*, de M. Bonnier, no pudiendo echar en olvido la obra análoga del sabio autor de los *Archivos del derecho criminal*, de M. Mittermaier.

(2) Sclopis, *ob. cit.*, p. 207 y 208.

(3) Sábese que la absolucion supone que el hecho imputado no se halla prohibido por la ley, mientras que el pago supone lo contrario. Sin embargo, no siempre hemos tenido en cuenta esta distincion; la absolucion ha sido tomada á veces por la declaracion de no culpabilidad sin ningun destino.

que los hechos á los cuales imponía una obligada condena, podían ser en realidad determinados por muchos otros que debían oscurecerlos, trasformarlos y alterarlos de mil maneras. Es, por lo tanto, una inmensa ventaja el haber devuelto al juez su conciencia moral, su responsabilidad y su humanidad entera.

Aunque el jurado no tuviera otra ventaja que la de derribar el sistema de las pruebas legales, sería ya por solo este hecho una institucion de inestimable précio. Si sus preocupaciones y pasiones son de temer á veces, ¡cuánto más temibles no son para los pueblos, libres ó no, los extravíos, las iras y las sistemáticas intrusiones del poder y de sus ministros! Concedo que el jurado tenga sus defectos y que no convenga sino á los pueblos que tienen una grande educacion política; pero no puedo conceder que esta institucion no sea por sí un excelente medio de adquirir esta educacion, y que sea imposible organizar de tal manera esta magistratura popular, que los inconvenientes que de ella se temen sean incomparablemente ménos temibles que aquellos que se ha querido evitar estableciendo el jurado. En vano se ha alegado que es preferíble en principio ser juzgado por sus superiores que por sus iguales (1).

Esto es falso; en primer lugar, siempre que los superiorés han tenido un interés contrario al de los inferiores, y reina entre ellos espíritu de hostilidad; y es falso tambien, cuando éstos iguales sólo lo son en virtud del principio de la igualdad de la ley, y poseen los conocimientos y moralidad necesarios, sin ser extraños por esto á los sufrimientos y á las miserias que de ordinario engendran el crímen. En otro lugar hemos hablado del jurado; ahora sólo se trata de las pruebas.

Sólo reivindicamos los derechos de la conciencia del juez cualquiera que sea, magistrado ó pueblo; y estos derechos son tales, que es imposible decir de una manera algo precisa en qué condiciones puede producir una prueba la conviccion en determinado caso: sólo pueden darse reglas generales; pero estas reglas, como todas las del mundo, necesitan ser aplicadas, y entónces pierden el carácter absoluto, objetivo y universal que se pretendía darles. Hay siem-

---

(1) Ancillon, *Veber den Geist der staatsverff*, p. 179 y 180.

pre en ellas circunstancias personales, es decir, la manera como se presentarán á las conciencias individuales los hechos sometidos á las reglas, y la manera misma como estas reglas serán comprendidas, juzgadas y aplicadas: en una palabra, hay aquí el aspecto personal ó subjetivo de la aplicacion, que puede variar notablemente de un indivíduo á otro (1).

Este aspecto personal es precisamente el que se proponía hacer desaparecer el sistema de las pruebas; pero es por cierto tambien el que conviene respetar, sopena de convertir á los jueces en verdaderas máquinas aritméticas, sin corazon, sin conciencia y sin vida.

Pero tiempo es ya de concluir con las doctrinas puras sobre este punto, y de apreciar en los hechos la sabiduría práctica del legislador.

Manú recomienda eficazmente la rectitud en los juicios, y dice á los jueces que deben ejercitarse en una especie de fisiognomónica á fin de sorprender la verdad en el rostro de los acusados y de los testigos.

Si pudiéramos prestar fé á lo que nos cuentan los escritores chinos, el antiguo procedimiento del Medio habría sido notable, no sólo por los minuciosos cuidados de la instruccion, sino tambien por los medios extraordinarios de investigacion; cuyos medios habrían sido tan poderosos que á la simple inspeccion de un cadáver se hubiera reconocido si la muerte había sido natural ó violenta, y un conocimiento profundo de la fisonomía habría ayudado poderosamente al juez á descubrir los secretos sentimientos de un acusado.

Esta justicia criminal habría tenido tambien el gran mérito de la imparcialidad. En un antiguo libro chino que forma parte de la coleccion de los anales, el *Si-Vuen*, leese lo siguiente: «El artificio y el engaño no son tan delicados y tan finos como los medios empleados en la antigüedad para probar las muertes y descubrir á sus autores. Pesquisas secretas, terribles indagaciones, multiplicados exámenes, afectadas dilaciones, amenazas, preguntas, confrontaciones, discusiones, etc., todo se ponía en práctia. El horror á

(1) Principalmente por esta razon han insistido quizá los criminalistas más de lo necesario en la teoría de las pruebas.—Véase, por ejemplo, Jousse, t. I, p. 654-837 y Muy. de Vougl.. p. 775-870.

la sangre era tan grande que se desplegaba contra los que la vertían todos los rigores y los recursos de la justicia, á cuyos ojos desaparecían en un homicida la posicion, el nacimiento, el saber, el talento, las más grandes acciones y los servicios más distinguidos, no viendo sino el crímen y el castigo que merecía» (1).

A parte de la exageracion propia de los escritores orientales, principalmente cuando hablan los Chinos, de su antigüedad, parece, sin embargo, que los medios de probar los delitos y de asegurarse de la culpabilidad de sus autores eran muy variados, y sobre todo muy racionales. Este pueblo célebre no habría recurrido á ninguna de las atrocidades y de las supersticiones que han manchado la justicia de las otras naciones, ó al ménos habría sido más sobrio.

En Esparta, hallamos á la vez la intencion de juzgar bien y el desconocimiento completo de los papeles respectivos de la acusacion y de la defensa. El senado deliberaba algunas veces muchos dias en una causa capital, y aunque el acusador no hubiera podido presentar pruebas suficientes, no por eso dejaba de ser considerado como culpable el acusado, hasta que probara su inocencia. Si su justificacion no era completa, aunque fuera absuelto, podía ser procesado de nuevo por el mismo delito, cuando había contra él nuevas pruebas (2).

En Roma, se distinguían tres clases de pruebas: la declaracion de los esclavos arrancada por el tormento (*quœstiones*), el testimonio de los ciudadanos libres (*testes*) y las piezas escritas (*tabulœ*). La primera clase de pruebas era tan peligrosa en sus resultados como inícua en sus medios. Los esclavos del acusado ceder podían tanto más fácilmente á la tentacion de librarse del tormento calumniando á su señor, cuanto más grave fuese la acusacion, y principalmente en este caso era cuando se les sometía al tormento. No podían, sin embargo, hacer que recayera la pena de muerte sobre sus señores sino en los casos de incesto ó de conspiracion contra el Estado: esto era demasiado. Por otra parte, los esclavos que tenían que temer el volver de nuevo

(1) *Memor. relativas á los Chinos*, IV, p. 422-437.
(2) V. Sam. Petit, *Leges atticœ;* Robinson, *Antigüedades griegas;* Barthelemy, *Viaje de Anacharsis;* Pastoret, *Hist. de la lég.;* Xenof., *Const. de Lacedemonia.*

bajo el dominio de un amo á quien hubieran acusado con razon, ¿podían dejar de preferir los tormentos de un instante á los de toda la vida? Comprendiendo Augusto todo lo falso é inmoral quizá de esta situacion, determinó que los esclavos del acusado, cuando debieran ser sometidos al tormento, fuesen vendidos previamente al príncipe ó al fisco. De esta manera podían figurar en todas las acusaciones capitales. Tiberio fué más léjos: mandó venderlos al acusador público, lo cual era favorecer la acusacion; pero Adriano y los Antoninos restablecieron la antigua ley. Si los esclavos de otros ciudadanos eran sometidos al tormento, el acusador respondía de ellos á su propietario (1).

Entre los Francos, el demandante debía afirmar su acusacion con cinco testigos (2), y el demandado que pretendía justificar su inocencia debía presentar doce *conjuradores* y aun mayor número, segun la importancia del asunto y la de las personas. Si se trataba de una muerte, por ejemplo, el querellante, sostenido por doce *conjuradores* intimaba á su adversario que viniera á justificarse por el agua hirviendo en un plazo de cuarenta dias, cuya prueba no escluía otras, tales como la testifical (3).

La confesion del acusado bastaba y debió bastar en todos los pueblos poco adelantados en la civilizacion para no comprender que la abnegacion ó la desesperacion pueden á veces conducir al hombre á acusarse injustamente á sí mismo. Sólo en caso de negativa se recurría á las pruebas, á las testificales primero, porque la tortura no existía entre los Francos. No todas las pruebas eran admisibles, y las que admitía la ley podían ser discutidas por el acusado. Los testigos que no eran recusados ó aquellos otros contra

---

(1) Adam. *Ant. rom.*, t. I, p. 416 y 417; J.-J. Weiss, *ob. cit.*, página 83:-145.

(2) Los conjuradores declaraban bajo juramento la buena opinion que les merecía el acusador ó el acusado. Conviene no confundirlos con los testigos, que eran oidos primero. Los conjuradores del acusado venian en algun modo á corroborar su juramento purgatorio.

Se recurría tambien como medio de prueba, á las ordalias ó juicios de Dios. Las pruebas sólo se admitieron al principio á falta de conjuradores, y con frecuencia el acusado podía optar entre el juramento de los conjuradores y la prueba, la cual era ordinariamente la del agua hirviendo. El duelo judicial era tambien una especie de prueba que se encuentra en todos los pueblos de orígen germánico. (Faustin Helie, *Instr. crim.*, t. I, p. 216-244).

(3) Pardessus, *Ley sálica*.

quienes no prevalecía la recusacion, sólo podían declarar en ayunas y los unos separadamente de los otros (1).

Segun los *Olegs* (recopilacion de las leyes desde el siglo IX al X, hecha bajo la regencia y por encargo de Oleg), desde que el hecho criminal se halla bien probado, está casi erminado el proceso, pues las dudas que queden pueden ser disipadas por el juramento del querellante. Creíasele voluntariamente bajo su palabra en los tiempos bárbaros, con tanta más razon, cuanto que los delitos en que se le concedía el derecho de querellarse eran siempre graves y con frecuencia públicos, y habría habido mucho más peligro que ventaja en hacer pasar por culpable al inocente (2).

En Dinamarca, ántes de la reforma que sufrió la prueba bajo Haraldo IX, (muerto en 1080), la declaracion jurada de dos testigos tenía fuerza de prueba plena; pero despues de esta reforma, perdió su importancia, sobre todo para el querellante; y todo su efecto consistía en obligar al acusado á someterse á la prueba del hierro candente ó al juicio de los *nævninger*. La prueba testimonial del acusado tenía en ciertos casos plena fuerza de tal, así como el testimonio de los jueces respecto á lo que había pasado ante el tribunal (*thingswitna*).

Todos estos medios de prueba, excepto el testimonio, no eran empleados cuando el culpable había sido cogido *in fraganti* y conducido atado ante el tribunal, en cuyo caso era juzgado por sus obras. Sólo en el caso de flagrante delito tenía derecho el acusador á atar y á encadenar al acusado sin más formalidades: en todas las demás circunstancias éste no podía ser obligado sino á prestar fianza (*tak*).

Estos medios no eran empleados tampoco cuando el propietario de la cosa robada la encontraba en la casa de otro ó en cualquiera lugar cerrado. El que despues de haber negado que estuviese en posesion del objeto, se encontraba éste en su poder, era considerado como ladron (3).

Por lo demás, el uso de los conjuradores ha durado en Dinamarca hasta el siglo XVI (4).

Vese, sin embargo, que hasta la barbarie rechazaba el

(1) Faustin Helie, *ob. cit.*, Ley sálica.
(2) Ewers (J.-Fil.-Gust.) *Das œlteste Recht der Russen*, etc. página 132-138.
(3) Kolder., § 77, p. 149 § 78, p. 150.
(4) Desaparecieron hacia el fin del reinado de Cristian II.

uso de los medios irracionales de prueba, tales como el juicio de Dios; y era necesario que una gran supersticion viniera á unirse á la ignorancia y á la impericia, ó que se hubieran agotado los medios naturales de conocer la verdad para que se recurriese á las ordalias.

En la incertidumbre, parece el único partido razonable la remision, la anulacion, ó por lo ménos el aplazamiento de la sentencia. Sin embargo, se imaginó otras veces un justo medio que podía no ser, ni justo, ni un término medio entre la verdad y el error, entre la justicia y la injusticia En muchos países de Alemania, principalmente en el Holstein, los tribunales condenaban al acusado, fundándose en indicios precisos de culpabilidad, no á sufrir la pena señalada por la ley, sino á una pena menor, al arbitrio del juez; y esta pena, llamada extraordinaria, sólo se imponía en los casos en que la Carolina autorizaba el tormento. Una ordenanza del 27 de Marzo de 1843 introdujo la prueba por indicios, y en virtud de ella el acusado podía ser condenado á la pena señalada por la ley, exceptuando la de muerte, que debía ser conmutada por el juez en la de privacion perpétua de la libertad (1).

Esto es menospreciar la justicia, y es de extrañar que esta barbarie haya llegado hasta nuestros dias. Prefiero aquel excesivo escrúpulo que prescribía al juez polaco no fallar sino en vista de lo que conocía por medio de la instruccion ó de las pruebas. Lo que sabía personalmente no podía servir de elemento de prueba contra el acusado, y debía, como el confesor, guardarlo para sí. No me admira, pues, que haya sido censurada esta legislacion del siglo XVI (1539) (2).

No es, sin embargo, por falta de inteligencia ó por haber dejado de reflexionar en la teoría de las pruebas, por lo que el legislador badenés, en particular ha incurrido en el error de que acabamos de hablar, sino, por el contrario, por espíritu de sutileza (3), por haber desconfiado demasiado de la inteligencia y de la conciencia del juez, y sobre todo, por haber temido más dejar impune á un culpable que castigar

(1) *Rev. del der. fr. y est.*, 1844, p. 834 y sig.
(2) Por Gornicki entre otros. (Macieiowski, segundo período, página 340).
(3) El Código badenés contiene una teoría de la prueba en veinticuatro artículos.

á un inocente. Para que se comprenda mejor nuestra crítica, conviene entrar en algunos detalles. Segun el Código badenés, por ejemplo, la prueba es directa ó indirecta: los medios de prueba directa son: el testimonio ocular, la declaracion de los peritos, la confesion, la declaracion de dos testigos idóneos, y los títulos auténticos.

La prueba indirecta ó por indicios no basta nunca por sí sola para probar, ademas del cuerpo del delito subjetivo (es decir, la identidad de las pruebas con el autor del acto punible y con su culpabilidad), el cuerpo de delito objetivo, es decir, la existencia del *objectum delicti*.

La prueba por indicios es una prueba artificial, y los medios de este género pueden ser engañosos. Si el crímen probado por la prueba indirecta (apoyada como debe ser por la directa en cuanto á la constitucion del cuerpo del delito objetivo) es castigado por la ley con la pena de muerte, el juez la sustituye con la de trabajos forzados perpétuos (1).

Extrañará á muchos que el procedimiento criminal de los Estados-Unidos contenga disposiciones análogas á las de que hablamos. Pues bien, prohibe á los jurados formular su declaracion segun su íntima conviccion solamente, sino atendiendo sobre todo á ciertas reglas concernientes á la prueba. No se nos dice cómo puede imponerse esta prohibicion, porque no basta para obligar á la conciencia decidir que los jurados deban estar unánimes; que el juez deba llamar la atencion de aquéllos sobre las reglas establecidas por la ley en materia de pruebas; que se halla obligado á explicárselas, á volver á ellas principalmente en su resúmen, y á fijarse en ellas casi únicamente (2).

---

(1) Este análisis es de Rauter. V. sobre el *corpus delicti* en general; á Sandoz (E.), *De corpore delicti:* Lugd. Batav., 1783.

(2) Tittmann, *De la organizacion judicial, del derecho penal y del procedimiento criminal en los Estados-Unidos de la América del Norte* (en aleman). Memoria de Rauter, *Rev. de dr. fr.*, etc., 1848, t. V, p. 843-851. Añadiré aquí algunos detalles que no dejan de ser interesantes. «La prueba directa y la indirecta son igualmente admitidas, excepto en el delito de alta traicion; y en muchos Estados, si se trata de crímen capital, no basta la prueba indirecta: se necesita la prueba directa, el testimonio de *visu propio* de dos testigos, ó más, si es posible. Los abogados se hallan dispensados de declarar en los asuntos de sus clientes, pero no los confesores y los cirujanos. Despues de oir á los testigos, en los debates, el acusador público habla el último, dándose más

importancia al interrogatorio de los testigos, que á la acusacion ó á la defensa. El juez resume los debates, sin que le sea lícito expresar una opinion personal sobre el mérito de la acusacion ó de la defensa. Si en el plazo de dos dias ó ménos los jurados no se ponen unánimemente de acuerdo, el Tribunal remite el asunto á otro jurado. El acusado condenado tiene el derecho de preguntar á cada jurado si es aquella su opinion, y si uno retira su voto, el veredicto es nulo, y se procede á nuevo exámen. Si el juez halla que el veredicto es contrario á las reglas de la prueba, ordena á los jurados deliberar de nuevo. Puede entablarse recurso contra el veredicto presentado ante el tribunal mismo, á fin de prevenir la sentencia, ó ante el Tribunal Supremo, juzgando sin jurados.»

CAPITULO VII.

DE LA CONFESION.

SUMARIO.

1. Importancia de la confesion; pero es menester que sea verdadera, de lo cual debe asegurarse el juez.—2. El silencio del acusado no puede considerarse como una confesion, aunque engendre una presuncion desfavorable.—3. Legislacion inglesa; diferencia con la de los Estados-Unidos que no consiente tampoco que se interrogue al acusado sobre el hecho de la acusacion ante el pequeño jurado.—4. El acusado puede estar convicto por sus actos y por sus escritos.—5. Diferencia entre el perito en materia de escritura, por ejemplo, y el testigo.—6. La confesion era entre los Atenienses una circunstancia atenuante. No siempre es propia para despertar interés.—7. La confesion era decisiva entre los bárbaros. Otros medios de prueba á falta de éste.—8. Legislacion española sobre la confesion.—9. Legislacion de los Estados-Unidos sobre el mismo asunto.

Mucho es haber obtenido la confesion del acusado, pero no bastaría si no fuera propia para producir por sí misma la conviccion, es decir, si no fuese acompañada de tales circunstancias que deba ser considerada verdadera (1). No es una simple confesion lo que se busca, sino una confesion sincera; no se quiere una responsabilidad generosa, sino una resposabilidad merecida; no se desea castigar á un inocente que se pusiera en lugar del culpable, sino sólo al culpable. La espontánea confesion del acusado no bastaría, pues, para motivar la condena, como aquélla no tuviera en su favor todas las probabilidades, y con mayor razon carecería de la fuerza necesaria para que se fundara en ella una sentencia, si sólo se hubiera obtenido por sorpresa, por me-

---

(1) En la jurisprudencia de los Judios, la confesion del culpable no bastaba para condenarle, y podía algunas veces prevenir la pena propiamente dicha. Así, el que confesaba que había robado un mueble, un animal, etc., se hallaba obligado á restituirlo, pero no á añadir el duplo, el triple ó el cuádruplo del valor al precio de la restitucion. (*Misna*, t. III, p. 67). Bastaba para que se admitiese la confesion, el apoyo de dos testigos.

dios inesperados y capciosos, por la intimidacion ó la violencia (1).

El silencio del acusado, por obstinado que pueda ser, no puede convertirse en su daño. Es sin duda presumible que quien se niega á decir la verdad, no la tiene en su favor, y teme ó mentir negándola, ó ser desmentido por los testigos ó por los hechos, ó incurrir en palmarias contradicciones: estos temores son legítimos, como en el primer caso, ó muy naturales; pero no pueden pasar razonablemente por una confesion, tanto ménos cuanto que la confesion no es jurídicamente obligatoria. Los hombres, excepto los que han organizado los tribunales de la Inquisicion, no han hecho una ley para la acusacion de sí mismo; y por otra parte la ley natural de la propia defensa y el instinto de conservacion la habrían hecho casi inútil.

¿Qué decir, pues, de la legislacion inglesa, que manda encerrar en un calabozo oscuro al acusado que no quiere declarar, tenderle en el suelo desnudo y boca arriba, echarle sobre el pecho y sobre el estómago un peso enorme, darle sólo de alimento en este estado tres pedazos de pan y tres vasos de agua estancada, y nunca de una vez, comiendo y bebiendo alternativamente cada dos dias (2)? Compréndase bien, dice Pastoret, que la muerte no había de tardar en poner término á este suplicio (3).

---

(1) En la jurisprudencia de los Judios, el interrogatorio iba precedido de la informacion; el acusado se sentaba en un lugar más elevado, vestido de negro y con la cabellera en desórden (Jose, XIV, 9, § 4: Godwin, V, cap. 6, § 4). Invitábase á los testigos, así como al acusador, á pensar que la sangre que iban á hacer derramar, no cesaría de clamar contra ellos si era vertida injustamente; y se les citaba el ejemplo de Cain y Abel (Maimonide, *De saned.*. c. XII y XIII; Seld., *De synedr.*, II, cap. XIII, § 3). Las expresiones empleadas respecto al acusado respiraban casi siempre humanidad y una especie de benevolencia (*Misna*, t. III, p. 186).

(2) Blackstone, cap. 25. La ley austriaca es un poco ménos inhumana. La negativa á responder despues del arresto, lleva consigo la prision, el ayuno y la paliza (art. 293, 363-365). V. art. 330 y 334, 2.ª parte del Código austriaco.

(3) *De las leyes penales,* t. I, 1.ª parte, p. 118.

No sé como Philipps (*Englische Reichs und Rechtsgeschichte*, etc.) podría justificar esta parte del procedimiento inglés; el cual pretende que para comprenderla es necesario colocarse en el punto de vista de esta legislacion misma, la cual considera en los delitos, no la culpabilidad moral del agente, sino el daño ocasionado. Este mismo autor observa que este punto de vista es comun á la legislacion inglesa y

El acusado puede estar convicto no sólo por su confesion, sino tambien por sus actos, por sus obras, cuando es evidente que son suyas, por ejemplo, por sus escritos; pero ya se sabe cuánto tiene de conjetural el arte de los peritos, y por lo tanto, ¿no sería esta una razon para que en materia de escritura principalmente no se oyera la opinion de un solo perito ni de dos? Es de notar que el perito no dice que dos escritos, por ejemplo, sean ó no de una misma persona, sino que se parecen ó no se parecen; y de esto á afirmar la identidad ó la diversidad de autores hay una distancia que la lógica no permite salvar. En tal caso, el perito no merece siquiera la misma confianza que el testigo, áun cuando sólo declara sobre la semejanza ó la diferencia. Dice más bien lo que cree ver que lo que ve en realidad.

Los Atenienses habían decidido con gran sabiduría que la confesion del delito ántes del júicio fuera una circunstancia atenuante. Hay, sin embargo, confesiones dictadas por el fanatismo del crímen ó el furor de la venganza, que no son muy propias para tranquilizar á la sociedad y para recomendar al culpable á la conmiseracion de los jueces.

Hemos dicho ya que es natural que los pueblos bárbaros se contenten con la confesion del acusado, y esto es efectivamente lo que sucedía entre los Francos, por ejemplo. Sólo á falta de la confesion se recurría á otros medios de prueba, á la prueba testifical, tanto de cargo como de descargo; á los conjuradores que atestiguaban, como ya se ha dicho, no la inocencia ó la veracidad de su defendido sino la buena opinion en que le tenían. Este testimonio no ligaba de ningun modo la conciencia de los jueces, cuando la misma ley no les hacía un deber el sujetarse á determinada presuncion: así, los conjuradores no eran admitidos cuando se trataba de hechos que habían sido atestiguados ya por testigos oculares (1).

La legislacion española contiene curiosas disposiciones respecto á la confesion. El juez, asistido de un escribano, recibe una especie de confesion bajo juramento de parte del acusado, y debe tenerla secreta; para que esta confesion

---

germánica: y sin embargo, ¡qué diferencia en el procedimiento! Este punto de vista no lo explica todo. V. Philipps, *ob. cit.*, t. II, p. 252.

(1) Pardessus, *Disert.*, 11.

sea legal, debe ser recibida por el juez competente, habiendo contra el acusado un testigo ocular irrecusable ó pruebas que produzcan ya una semi-conviccion.

La declaracion no debe confundirse con la confesion, y ha de ser recibida en las primeras veinticuatro horas de prision. La declaracion se hace *para inquirir*, y la confesion *para gravar*. No se pregunta á un acusado que declare si ha cometido el crímen, sino si sabe quién lo ha cotido: en la confesion, por el contrario, debe decir si es él el culpable; pero el juez no debe nunca proponer una falsedad para saber la verdad.

Fuera de la discrecion obligada del juez y de la especie de solemnidad religiosa dada á esta parte de la instruccion, nada nuevo hallamos que no se encuentre en las épocas y en los países en que el acusado está sometido al prévio juramento. Observaremos, sin embargo, que sería más prudente, más religioso y más sensato exigir el juramento al acusado en apoyo de la declaracion que en el de la confesion.

En los Estados-Unidos, el acusado es interrogado primero. Si se reconoce culpable, pasa por convicto, y si niega su culpabilidad, se procede á la formacion del gran jurado, que decide sobre la culpabilidad, y remite el asunto al pequeño jurado: éste se compone ordinariamente de doce miembros, y de treinta en las causas de muerte (1).

---

(1) Creemos deber dar aquí algunos detalles, segun Tittmann, analizado por Rauter, obra citada. «La instruccion preliminar se hace por el juez de paz, y la acusacion se pronuncia por el gran jurado, compuesto de más de doce miembros, pero nunca de más de setenta y dos, elegidos parte por turno, parte por suerte; procediendo en sesion secreta en el acto de la acusacion, que les es propuesta por el procurador del Estado, y despues de oir á los testigos oidos ya por el juez de paz y otros si hay lugar á ello. El gran jurado sólo se ocupa de los medios de descargo. La remision de la causa no impide que el gran jurado en una de las sesiones siguientes reproduzca de nuevo la acusacion por el mismo delito; mas para que ésta sea admitida, es necesario el voto afirmativo de doce jurados. El jurado del juicio, ó pequeño jurado, procede bajo la direccion del tribunal (compuesto de ordinario de un solo juez, como en Inglaterra, y el escribano). En el Estado de Ohío, el jurado se elige á la suerte entre un triple número de ciudadanos citados á este fin. El procurador del Estado y el acusado tienen el derecho de recusacion perentoria respecto á cierto número de jurados; pero ante el tribunal federal de la Union sólo el acusado tiene este derecho. La recusacion motivada es tambien admitida, y es indefinida respecto al número, pero sus motivos son juzgados inmediatamente por el Tribunal. El acusado

no se halla obligado á declarar contra sí mismo ante el jurado: su confesion no basta tampoco para establecer la conviccion de su culpabilidad, y no puede ser interrogado sobre el hecho de la acusacion; pero tiene el derecho de ver á los testigos que contra él se presentan. Las delaraciones escritas á cargo suyo sólo pueden ser admitidas con su consentímiento expreso; y el acusador público y el abogado del acusado, interrogan á los testigos alternativamente como en Roma, no pudiendo interrogar el juez sino subsidiariamente.

CAPITULO VIII.

DEL TESTIMONIO.

SUMARIO.

1. Necesidad y utilidad de la prueba testifical.—2. Reglas críticas. —Observaciones sobre una opinion de Beccaria relativa al jurado. — 3. Disposiciones de las leyes de Manú, relativas al testimonio judicial.—4. Medidas prescritas por la ley judáica sobre esta materia.—5. Leyes de Atenas sobre el mismo objeto.—6. Leyes de Roma.—7. Disposicion peregrina de la ley de los Burguiñones.—8. Necesidad de leer á los testigos sus declaraciones.—9. Del juramento de los testigos.—La China.—Utilidad condicional del juramento de los testigos.—10. Ley de los Alemanes.—11. Aspectos diversos del falso testimonio; cómo ha sido castigado.—12. Careo de los testigos con el acusado.

El testimonio será útil para asegurarse de la bondad de la confesion, y es necesario para suplir á ésta.

La prueba testifical, á pesar de su incertidumbre, es sin embargo la más fuerte; pues concurren en un testimonio tales circunstancias, que no permite á un espíritu sério poner en duda la verdad de aquél. Séanos, por lo tanto, permitido, en vista de la importancia del asunto, recordar los principios que rigen en la materia.

Es necesario desconfiar en general de todo testimonio que pueda ser apasionado, ya por interés, ya por espíritu de partido, de secta, etc. Comprendiendo bajo el nombre de interés todo aquello que pueda conducir á los hombres á apartarse conscientemente de la verdad en sus testimonios, hay aquí tres posiciones que distinguir, segun que el testigo se halle interesado en declarar como lo hace, segun por el contrario, que no lo esté, ó segun que su interés sea declarar de otro modo. Se pueden, por lo tanto, establecer los siguientes principios:

1.° Un testigo es tanto más sospechoso cuanto más poderosas sean las razones que pueden inducirle á mentir.

2.° Si no hay ningun motivo para mentir, dice Bentham, el testimonio del hombre más perverso es tan cierto como

el del hombre honrado. Observaremos, sin embargo, que los hombres de imaginacion, principalmente cuando tienen la costumbre de no respetar mucho la verdad, pueden faltar á ella sin mala intencion, por una especie de tendencia irresistible y de necesidad habitual.

3.° Para decidir si el testimonio no es efecto de una mala pasion es necesario atender:

A la persona del testigo: si es hombre privado ó público, si ejerce profesion y cuál, si es ó no considerado como hombre honrado, etc.

A la persona contra quien ó á favor de quien se expone el testimonio, y sus relaciones íntimas con el testigo.

A la naturaleza del hecho. La credibilidad de un testimonio, dice Beccaria, es tanto más probable cuanto mayor es la culpabilidad ó las circunstancias más inverosímiles.

4.° La opinion de un perito y la declaracion de un testigo merecen tanta mayor confianza, cuanto mayores sean las razones que hubieran podido determinarlos á declarar de otro modo.

5.° Es necesario oir las declaraciones de los mismos hijos y de las mujeres, y en una palabra, de todos aquellos que puedan ilustrar á la justicia, ó al ménos ponerla en camino de averiguar la verdad.

6.° No conviene ni rechazar en absoluto, como propone Beccaria, el testimonio de un solo indivíduo, ni admitir en absoluto, el de dos, por las siguientes razones: 1.ª todo acusado tiene interés en negar aquello de que se le acusa, y los testigos no tienen necesariamente el mismo interés; 2.ª un solo testigo que declare contra su interés es más creible que dos que declarasen en sentido favorable á sus intereses; 3.ª mil razones pueden establecer la moralidad de un testigo sin que haya una sola á favor de la del acusado, 4.ª un testigo puede hallarse sometido á un interrogatorio tal que sus respuestas coincidan con hechos que no podía conocer, é inspiren así la certeza en el espíritu de cada uno: en moral se atiende más al fundamento que al número; 5.ª puede suceder que el hecho sea tan sencillo, que las cuestiones sean muy fáciles de preveer, y que dos testigos falsos estén de acuerdo sin que haya habido entre ellos connivencia; 6.ª pueden no haberse formulado todas las preguntas relativas al hecho; 7.ª cuanto más corrompida es una nacion, más fácil es hallar dos testigos falsos á

bajo precio; 8.ª cuantos más negocios tenga un hombre, más fácil es que tenga dos enemigos.

7.° La fuerza de los testimonios depende: 1.°, de la capacidad de los testigos; 2.°, de su integridad; 3.°, de la falta de motivos para mentir; 4.°, del número y de la concordancia de las respuestas dadas aisladamente por los testigos; 5.° de la conformidad de las respuestas con el curso ordinario de los sucesos naturales; 6.°, del acuérdo de los testigos opuestos; 7.°, de la naturaleza del hecho testificado; 8.°, del carácter de la persona inculpada.

Y como cada uno de estos elementos es susceptible de más y de ménos en diferentes casos, sin que se pueda expresar ni definir exactamente el grado de la certeza, sucede comunmente que hay duda, y otras veces en circunstancias en apariencia idénticas hay certeza. La ley no puede, por lo tanto, determinar las circunstancias precisas en que un testimonio deberá producir certidumbre.

8.° Hay otra clase de testimonio que se llama literal ó escrito, el cual tiene ya más, ya ménos fuerza; porque la escritura puede ser falsificada por una mano enemiga, y el escrito puede haber sido obligado por el temor, por la violencia, ó arrancado en un estado de embriaguez; pero si el acusado reconoce que el escrito es suyo, y lo atestiguan personas dignas de fé y lo declaran asimismo los peritos, puede entónces resultar una prueba. Debe observarse, sin embargo, en punto á las declaraciones periciales, que la escritura varía en muchos hombres, segun: 1.°, la edad; 2.°, la disposicion física y moral en el momento en que escriben; 3.°, la calidad y el corte de la pluma de que se sirven; 4.°, el papel y áun la tinta que emplean; 5.°, la posicion cómoda ó incómoda en que se hallen; 6.°, la atencion que presten á esta operacion, etc.

Las circunstancias tomadas del acusado, que sirven para ilustrar la conciencia del juez, se sacan: 1.°, del carácter habitual del acusado, de acuerdo ó no con el delito; 2.°, de los motivos actuales que han podido conducirle ó apartarle de él; 3,° de su fuerza física proporcionada ó desproporcionada á los obstáculos; 4.°, de los medios de que disponía para perpetrarlo; 5.°, del tiempo y del lugar favorables ó contrarios á la ejecucion del hecho y de las circunstancias antecedentes, por ejemplo, de amistad, de ódio, de envidia, etc., de las circunstancias concomitantes, por

ejemplo, el ruido, la fuga, la palidez, la proximidad del lugar en donde se ha cometido el delito; 7.°, de las circunstancias subsiguientes, por ejemplo, las manchas de sangre en los vestidos, los objetos de las víctimas hallados en poder del acusado, etc., (1).

Sin embargo, algunas de estas circunstancias consideradas aisladamente, parecen á veces perentorias, cuando sólo son aparentes, y cuando reunidas ó combinadas con otras se prestan á una conclusion diferente (2).

Antes de dejar esta materia, vamos á destruir un error de Beccaria. Pretende este criminalista que el ignorante que aprecia por el sentimiento todas las circunstancias de que acabamos de hablar está ménos expuesto á engañarse que quien pretende apreciarlas racionalmente. En primer término, el sentimiento no es aquí más que la consecuencia de la idea, correspondiendo por lo tanto en definitiva á la inteligencia el honor de una buena decision cuando ésta tiene lugar; y debemos añadir que ese instinto, ese tacto moral de que se habla, no es otra cosa que las mismas ideas, y que en general un hombre que supiera mejor darse cuenta de estas impresiones, se decidiría con más seguridad. ¿Quiénes pueden ser más fácilmente inducidos á error, los ignorantes ó los hombres instruidos; los hombres habituados á descubrir las artimañas, tales como los jueces de profesion, ó aquellos que no tienen ninguna experiencia del crímen? Los caballeros de industria no se engañan en esto.

El peligro para quien tiene la costumbre de darse cuenta de sus pensamientos, está aquí en juzgar solamente sobre una parte de los hechos, y en no abrazar y combinar todos los datos; lo que no hace el ignorante que no analiza, pero se sujeta á una vaga impresion del conjunto. Mas no todos los ignorantes tienen esta prudencia ó esta debilidad: hay algunos que se refieren á una circunstancia, y se sujetan á ella más exclusivamente que los que tienen la costumbre de abarcar el conjunto, de comparar y de reflexionar, de raciocinar ántes de juzgar definitivamente. Así, el ignorante corre el mismo riesgo de engañarse que el hombre instruido, é igualmente y con ménos azar aún de pronunciarse contra el error y descubrirlo. Ademas, cuando

(1) Gioja, *Lógica*, t. IV, p. 120, en italiano.
(2) *Ibid.*, p. 118, 119 y s.

procede de otro modo, cuando se sujeta á la vaga impresion del conjunto, ántes se abstiene de juzgar por impotencia de hacerlo, que juzga por conocimiento motivado; y esto lo hará, no tanto por la persuasion de la insuficiencia de los cargos que por no ver ni la culpabilidad ni la inocencia, y en este estado de completa oscuridad lo mejor que puede hacer es abstenerse.

Veamos ahora hasta qué punto han sido atendidas por las legislaciones de los diferentes pueblos las reglas que acabamos de dar.

El antiguo legislador de la India pone en boca del juez una admirable alocucion á los testigos, á quienes exhorta por todos los intereses, por la consideracion de todos los bienes y de todos los males de la vida presente y futura, del bien público y del bien privado (1). Por lo demás, determínanse por la ley un gran número de incapacidades, razonables las unas, y fundadas las otras en preocupaciones religiosas morales y políticas. El testimonio de un gran número de mujeres honradas, dice la referida ley, no vale tanto como la declaracion de un solo hombre. Despues de todas esas palabras dirigidas á los testigos para exhortarles á decir la verdad, el legislador, extraviado por un falso celo religioso, dice sin embargo que es permitido mentir en justicia por un motivo piadoso, por humanidad, cuando la falta solo es, por decirlo así, material. Esta mentira autorizada no dispensa, sin embargo, al que la dice, de incurrir en prácticas expiatorias.

El legislador indio ha comprendido que faltando á la verdad, áun en interés de la humanidad y de la justicia, había tambien una especie de delito. Habría sido más sencillo distinguir entre el delito material y el formal, no castigar más que éste y dejar decir toda la verdad sobre aquél; pero el entendimiento humano es tan esclavo de las palabras y de las formas, es tan esencialmente farisáico, que en todas partes la letra ha matado al espíritu, sobre todo cuando no se ha sabido hacer la primera expresion fiel del segundo. A parte de esta aparente antinomia entre la justicia y la verdad, el legislador indio profesa el mayor respeto al juramento, que no quiere que se haga en vano, excepto en cier-

(1) Manu, VIII, 80-101.

tos casos que bien pronto veremos (1), no exigiéndose á las partes sino á falta de testigos. Ademas, la verdad del juramento se confirma si hay lugar por la prueba del fuego y del agua.

La misma ley admite un gran número de razones de incapacidad en materia de testimonios: el sexo, la edad, las enfermedades, la mala conducta, la condicion baja ó servil, una muy elevada posicion, etc.: sin embargo, si no hay otros testigos que incapaces, el juez admite su declaracion, sobre todo en asuntos graves, pero debe tenerla por débil; y si se trata de violencia, de robo ó de adulterio, no debe atender mucho á la competencia de los testigos (2). El número de éstos pesa más en las leyes de Manú que su cualidad, y sólo se atiende á esta en caso de empate (3).

Es notable la alocucion dirigida por el juez al testigo: «Declarad con franqueza, dice, todo lo que ha pasado y de que tengais conocimiento en este asunto entre las dos partes, porque vuestro testimonio se requiere aquí.» Manú hace luego resaltar ampliamente todo el mal que hay en engañar á la justicia con un falso testimonio y los castigos que están reservados en la otra vida al testigo falso (4).

Mientras tanto, es castigado con severidad en la vida presente, ya con multa, con el destierro ó con el talion (5). Desgraciadamente llegan hasta suponer el testimonio falso por motivos de una deplorable supersticion. El testigo á quien en el intérvalo de siete dias despues de su declaracion le sobreviene una enfermedad, un caso de incendio ó la muerte de un pariente, debe ser condenado á pagar la deuda (sobre la cual ha declarado) y una multa (6).

Por composicion, sin duda, ó porque el fin justifica los medios, se permite á veces y áun se ordena el falso testimonio; y en ciertos casos el que por un motivo piadoso dice lo contrario de lo que sabe, no es excluido del reino celeste, y su declaracion se llama palabra de los dioses (7). Siempre que la declaracion de la verdad pudiera costar la vida

---

(1) *Leyes de Manú*, VIII, 63-71, 77.
(2) Id., 72.
(3) Id., 80.
(4) Id., 81-101.
(5) Id., 118-123.
(6) Id., 108.
(7) Id., 103.

á un Sudra, á un Vaisya, á un Kchatriga, ó á un Brahman (cuando se trataba de una falta cometida en un momento de extravío y no de un crímen premeditado), era menester mentir, siendo en este caso preferible la mentira á la verdad (1). Los testigos que han mentido así por un motivo laudable, ofrecen á Saraswati tortas de arroz y leche consagradas á la diosa de la palabra para expiar completamente el pecado de este testimonio (2), ó bien el testigo echa al fuego segun la costumbre una oblacion de manteca clarificada consagrada á la diosa de las preces, recitando oraciones del Yadjour-Veda, ó el himno á Varona, que comienza por *Oud*, ó bien las tres invocaciones á las divinidades de las aguas (3). Sencillo y honrado ritual.

Dos consideraciones principalmente han preocupado á los legisladores respecto al valor de los testimonios: el número de testigos y su cualidad.

En Judea, no bastaba un solo testigo si el acusado pertenecía á la gran familia de Israel, y podía bastar si el acusado no era más que un prosélito domiciliado: en este caso, aunque el testigo fuese un pariente del acusador y la pena la de muerte, un solo juez era llamado á pronunciar la sentencia (4).

Pero esta excepcion no es mencionada en el *Deuteronomio* (5).

En caso de adulterío, bastaba un solo testigo para que la mujer pudiera ser condenada, y este testimonio único podía ser tambien el de un esclavo; sin embargo, si dos testigos declaraban al mismo tiempo en favor de la acusada, era sometida á la prueba de las aguas amargas.

Se oía en descargo de los acusados á todas las personas que podían dar informes favorables, y por otra parte, el testigo falso era castigado con la pena señalada para el delito que denunciaba. El desacuerdo de los testimonios destruía naturalmente la fuerza de éstos.

No podían ser testigos los usureros, los que vendían los

---

(1) *Leyes de Manú*, VIII, 104.
(2) Id., 105.
(3) Id., 106.
(4) Reland, *Palestina ex monumentis*, etc., II, 8, § 12; Selden, *De jure nat. et gent.*, IV, 1, p. 482.
(5) XIX, 15; XVII, 6; *Núm.*, XXXV, 30; v. 13. Véase *Misna*, t. III, p. 179.

frutos del último año, los que jugaban á juegos de azar, las mujeres, los esclavos, los que instruían palomas para volar y animales para luchar, los impúberes, los insensatos, los ciegos, los sordos, los impíos, los infames, los extranjeros y los parientes. Podían, sin embargo, testificar las seis primeras clases, si sólo se trataba de afirmar la muerte de un esposo, á fin de que la viuda pudiera contraer nuevas nupcias; si era necesario atestiguar la mancha de la mujer acusada de adulterio, para que no tuviera ya que beber las aguas amargas, y en todos los casos prohibidos por los doctores judíos, sin que lo hubieren sido jamás por la ley (1).

Las mujeres han sido excluidas por la razon poco fundada de que el Deuteronomio emplea el masculino al hablar de los testigos: Josefo añade á esta razon la osadía y la ligereza del sexo; pero este motivo tampoco se expresa en las obras de Moisés (2).

Este tampoco excluye á los que enseñan á los pichones á volar; exclusion que sólo ha establecido la ley tradicional, so pretexto de que los pichones, así enseñados, salen y traen á otros que enriquecen el palomar de sus dueños (3).

Si el testimonio de los esclavos no era admitido, es porque la escritura emplea la palabra *hermanos*, y esta palabra sólo puede convenir á hombres libres. Los esclavos no pueden ser testigos, añade Josefo, por la bajeza de sus sentimientos, y porque el interés ó el temor les impediría probablemente decir la verdad. La Escritura quiere, por otra parte, que el testigo sea de la misma condicion que el acusado (4). Debían ser excluidos los extranjeros con los cuales no había nada de comun, ni propiedades, ni culto, etc., (5). y los vendedores de los frutos del sétimo año, porque el legislador sólo permitía alimentarse con estos frutos; y aquellos á quienes la avaricia llevaba á violar la ley, era de temer que, segun la observacion de Salomon-Jarchi, se vendiesen por el dinero que se les ofreciera para servir de

---

(1) *Misna*, t. II, p. 322; III, pref. y p. 252; IV, c. 221. La exclusion del ciego se funda en la palabra *ver*, empleada en el *Levítico*, V, 1; la del impío en el *Exodo*, XXIII, 1.

(2) *Deuter.*, XVII; Josefo, IV, 8, p. 15.

(3) Selden, *De jure nat. et gent.*, IV, c. 5 y 11.

(4) *Deuter.*, XIX, 19; Josefo, IV, 8, § 15.

(5) Wagenseilius, *in Misna*, III, p. 252.

testigos falsos. Pero cuando los Judíos tuvieron reyes y tributos que pagarles pudieron, ya vender estos frutos para pagar el impuesto, sin quedar por esto incapacitados para servir de testigos, fundándose en que no vendían voluntariamente y para sí, sino para otro y por necesidad (1). El pontífice no era jamás oido como testigo por respeto á su dignidad (2).

El que había recibido dinero para servir de testigo, y por ello había sido castigado, volvía á tener capacidad (3).

El testimonio quedaba sin valor si los que lo daban no estaban de acuerdo sobre el mismo hecho en todas sus partes (4).

La declaracion falsa era castigada con la misma pena que hubiera sufrido el acusado si hubiera sido condenado en virtud de aquélla (5). Se podía ser á la vez juez y testigo, y los que atestiguaban eran ordinariamente los ejecutores de los culpables (6).

Los mahometanos tienen establecido que para todos los delitos castigados con penas aflictivas, los testigos pueden declarar ó abstenerse, porque se dice en el Koran: «Dios en este mundo y en el otro echará un velo sobre los crímenes del que oculte los defectos de su hermano musulman.»

Para todos los crímenes, excepto para el adulterio, basta la declaracion de dos hombres. Los borrachos, los jugadores y los usureros son incapaces de atestiguar, así como los esclavos y los infieles: tampoco se puede servir de testigo contra sus ascendientes ni contra sus descendientes. El testigo falso es castigado con multa y azotes si la falsa acusacion es sobre adulterio, y tratándose de propiedades, es expuesto á la vergüenza pública.

Parece que, en general, el falso testimonio es más comun entre los mahometanos que entre los cristianos (7).

---

(1) *Misna*, t. I, p. 322 y 323.
(2) Selden, *De synedr.*, II, 13, § 11; III, 8, § 4.
(3) *Misna*, p. 323; Selden, *De synedr.*, II, 13, § 6.
(4) Maimonide, *De synedr.*, c. 20; Selden, *De synedr.*, II, 13, § 10.
(5) *Exodo*, XX, 16; *Deuter.*, V, 20; XIX, 16-21; XXII, 13, 18, 19; *Prov.*, XIX, 5 y 9; XXI, 28; *Daniel*, XIII, 61-62; Josefo, IV, 8, § 15.
(6) Maimonide y Bartendra, *in Misnam*, I, p. 196; *Deuter*, XIII, 9; t. XVII, 5: *Misna*, *De synedr.*, 6; Selden, *De synedr.*, XIII, § 3.
(7) *Historia del Mahometismo*, por Mills, p. 263-264 de la traduccion francesa. Véase lo que hemos dicho ántes á propósito del perjurio.

Segun la ley de Atenas, el testigo citado debía comparecer so pena de multa, y juraba decir verdad. Distinguíanse dos clases de testigos, los oculares y los auriculares, es decir, aquellos que habían presenciado el hecho y los que no lo conocían más que de oidas. La declaracion debía ser por escrito, y no eran admitidos á declarar los que habían sufrido una condena infamante, ni los esclavos; pero la declaracion de estos últimos tenía cierto valor cuando era arrancada por el tormento. El testimonio de los parientes y de los amigos era potestativo, y los testigos falsos eran castigados en su honra y en sus bienes.

En Roma, segun la ley de las Doce-Tablas, el testigo falso era arrojado por la roca Tarpeya. Más adelante, el juez le imponía la pena que estimaba conveniente.

Los testigos sólo eran oidos despues de los abogados, y presentados por las partes y por ellas interrogados, no siendo el presidente sino el moderador de estas investigaciones. Despues de las declaraciones las partes, se preguntaban de una manera ejecutiva, y esta faz del drama judicial recibía el nombre de *altercados*.

Por lo demás, los testigos eran voluntarios, y sólo el acusador podía presentar estos últimos. El número de unos y de otros era limitado, no excediendo ordinariamente de diez: los ausentes podían declarar por escrito; pero era necesario que estas declaraciones fuesen libres y certificadas á su vez por testigos. No se admitía el testimonio de los infames.

Las mujeres sólo fueron admitidas al principio como testigos en las causas políticas, con motivo de las cuales se prometía la impunidad á los calumniadores, aunque la pena reservada á esta clase de delitos fuese el destierro (1).

La extravagancia en las leyes lleva consigo algunas veces en la práctica absurdos é iniquidades: así, por ejemplo, en virtud del principio de que cada indivíduo que perteneciese á una misma sociedad civil sólo se rigiese por las leyes del pueblo de que originariamente formaba parte, creyeron los Burguiñones deber sacar de aquí la singular consecuencia de que un hombre no podía ser testigo en una contienda de otro hombre cuya ley era diferente de la suya;

---

(1) Véase todas las obras que tratan de antigüedades romanas, particularmente la de Sigonius.

de donde resultaba que si un Burguiñon cometía un crímen en medio de una reunion de gentes que se hallaban sometidos á otra ley, y aun en un mercado público, no se le podía probar por testigos, y quedaba como si no hubiera habido nadíe que pudiera convencerle de dicho crímen. Resultaba tambien de aquí que por asuntos de poca importancía, se obligaba á batirse, no solamente á las personas que se hallaban en estado de hacerlo, sino tambien á los enfermos y ancianos (1).

Un testigo puede recojer sus recuerdos con más claridad pensando con calma en los hechos sobre que ha sido interrogado, y en las preguntas que se le han hecho; y puede tambien cambiar de opinion y ceder á nuevos motivos de esperanza ó de temor, de parcialidad ó de justicia, ó permanecer fiel á la pura verdad.

Importa, pues, confrontar sus declaraciones, lo cual se llama acto de comprobacion, que supone que se posee toda entera y en toda su pureza la declarácion primera. Esta declaracion se supone extendida por escrito y adornada de todos los caracteres que la hacen auténtica é innegable.

El segundo interrogatorio, á las partes que en sus declaraciones difieren del primero, debe hacerse con el mismo cuidado y llevar un sello de autenticidad incontestable.

En caso de contradiccion entre la primera declaracion y la segunda, el juez debe tratar de depurar la verdad á través de las pasiones y de las infidelidades de la memoria. Puede suceder que sean falsas las dos declaraciones, ó que haya una verdadera; y puede suceder tambien que haya parte de verdad y parte de falsedad en una y otra. Pocas reglas pueden darse aquí para llegar á la verdad: el tacto, el conocimiento del corazon humano, la lógica de las pasiones y el espíritu de combinacion pueden oponerse al fingimiento, al engaño y á los sistemas preconcebidos; y como estas cualidades son naturales no pueden suplirse por un conjunto de reglas que las supondrían ya para ser convenientemente aplicadas.

Para estar más seguro de la verdad de un testimonio, se ha ejercido siempre y casi en todas partes sobre los testigos una especie de coaccion moral, la del juramento (2).

---

(1) Agobard, *Lib. adv. Gundob.*, c. 4.
(2) Manú recomienda, so pena de condenacion, no jurar en vano ni

Pero esta coaccion sólo lo es para el hombre ligero y poco delicado, que teme más la blasfemia que la mentira y la injusticia, y que cree que se puede ser mentiroso sin faltar más ó ménos gravemente á lo que se debe al autor de toda verdad y de toda justicia.

Sin embargo, la nacion más grande del universo, al ménos por el número de sus habitantes, la más antíguamente civilizada entre todas las que hoy existen, la China, no conocía el juramento en materia judicial (1). Las sectas cristianas, los cuáqueros y los anabaptistas han proscrito entre sí toda clase de juramento, y—cosa notable—son más fieles á sus promesas que otros á sus juramentos. Mientras que no se les reprocha ninguna falta de este género, se encuentan los perjuros por millares. Declara Pothier, á quien una larga experiencia de los tribunales le había instruido grandemente sobre el valor del juramento judicial, que durante cuarenta años, sólo ha visto á dos litigantes negarse á prestar el juramento que se les exigía por temor de ser perjuros (2).

Si esta es una razon para no exigir el juramento á los litigantes ni á los acusados, no lo es, sin embargo, para dejar de exigírselo á los testigos. Miéntras los hombres tengan bastante fé para temer el perjurio y no mucho respeto á la verdad para ser fieles á ella, á pesar de los intereses contrarios, será útil el juramento; pero como quiera que aquellos cuyas creencias religiosas son bastante firmes para que entiendan que al faltar á la letra de la Escritura faltan á su espíritu, y para que su conciencia se alarme de esta infraccion real ó presunta; como aquéllos, repito, dan por lo ménos tanta importancia á la simple asercion como otros al juramento, será justo no sujetarlos á esta formalidad, y en todo caso, conviene exigir á cada uno el jura-

---

áun en cosas de poca importancia (VIII, 111). Hay sin embargo excepciones, por ejemplo con una señora, con una jóven que se solicita en matrimonio, cuando se trata del alimento de una vaca, de materias combustibles necesarias para un sacrificio, ó de la salvacion de un brahman (VIII, 112). El juramento se concede á las partes si no hay testigos de hecho en el litigio (VIII, 111).

(1) V. Berriat Saint-Prix, *Reflexiones é investigaciones sobre el juramento judicial*, en la *Revista de legislacion*, t. VIII, p. 241 y s.—V. Pothier, sobre el juramento judicial en materia criminal, *Procedimiento criminal*, p. 229-246, 294-317.

(2) Id.

mento en la forma que sea para él sacramental; único medio de dejarle toda su fuerza.

Cuando se exigía el juramento al acusado y se castigaba el perjurio, se caía en el doble inconveniente, por una parte, de poner al culpable, ó en la imposibilidad de defenderse, ó lo que era más grave, en la tentacion de ser perjuro y de agravar su posicion; y por otra, de poner de manifiesto su perjurio ó el de los testigos acusadores. Era, sin embargo, más presumible que fuese él quien faltaba á la verdad; pero en la duda se debería considerar á los testigos como inocentes del perjurio, sin castigar al acusado por esta falta presumible. La ley de los Alemanes tomó otro giro para evitar esta contradiccion; pero por un motivo poco racional. Segun esta ley, el acusado no podía jurar en un asunto en el que hubiesen declarado ya tres ó cuatro testigos oculares, y esto, dice la ley, para que al defenderse no pueda envolver en su perjurio á aquellos que quieren ser más honrados que él. La misma ley existía entre los Francos.

Pero si había acusador, se decidía la verdad ó la falsedad de la acusacion por medio de un combate entre él y el acusado ó entre sus campeones. El acusador público no se hallaba obligado á batirse, y sí sólo el acusador privado (1).

El falso testimonio puede ser considerado bajo el doble punto de vista de la violacion de la justicia y la falta á la verdad y á la religion, no cayendo bajo la accion de la ley civil sino bajo el primer aspecto. Los Assises de Jerusalen parece que, por el contrario, sólo castigaron el pecado, y prescribían que al testigo falso se le taladrasen las manos con un hierro ardiendo (2). Esto podía ser demasiado ó insuficiente, y en todo caso era un mal y un acto de barbarie.

El falso testimonio con el propósito premeditado de hacer perecer á un hombre que sucumbía en efecto, era considerado por la ley inglesa como un homicidio y castigado como tal: la ley gótica imponía en este caso la misma pena al testigo, al denunciador y á los jueces. Sin embargo, una ley inglesa más reciente ha desistido del talion, para no ale-

---

(1) *Allem. leg.*, tít. XVII; *Capit.* IV, 23; Aimoin, V, 23; IV, 108. El juramento, pues, sólo tenía lugar á falta de prueba y de combate.

(2) Art. CXXIII.

jar á los testigos de declarar sobre hechos capitales (1).

La ley española, aunque distingue, no lo hace bastante; en los negocios civiles el testigo falso era condenado á diez años de galeras, y en las causas criminales, si el delito sobre que versaba la declaracion era castigado con la muerte, la sufría el mismo testigo falso: si la acusacion no era capital, era azotado y se le condenaba á galeras por toda su vida (2).

En el Japon, toda mentira ante la justicia es castigada con la pena de muerte (3).

Una operacion preliminar muy propia tambien para poner en camino de la verdad y muy exigida por la justicia, es el careo de los testigos con el acusado. No sería prudente esperar el momento solemne de los debates públicos para poner al acusador, á los testigos y al procesado, los unos enfrente de los otros. De la contradiccion pueden surgir súbitas revelaciones, indicaciones preciosas que convenga recoger y que urja poner en claro, y esto puede exigir operaciones extrañas á los debates, más ó ménos largas y difíciles. Ya hemos hablado de la necesidad moral de informar al acusado de todo lo que contra él se alega, al ménos en cuanto lo consiente el interés de la justicia: tambien debe saber todos los cargos que se le hacen y poder contestar á ellos.

---

(1) Blackstone.
(2) Asso y Manuel.
(3) Des Essarts, t. IV, v. *Japon*.

CAPITULO IX.

DE LOS CONJURADORES CONSIDERADOS COMO TESTIGOS.

SUMARIO.

1. Primera clase de conjuradores.—2. Segunda clase de conjurado, res. De dónde viene su importancia.—3. Podian ser castigados aunque fueran de buena fé. Su juramento sólo era un error y no un perjurio si era falso el de su hombre.—4. Oficio de los conjuradores en la ley sálica, en la ley ripuaria y en la de los Burguiñones.—5. Institucion de la cual fué principio este uso.—6. Hállaselos en Dinamarca hasta el siglo XVI.—7. Transiciones á los capítulos siguientes.

Ya hemos hablado de la declaracion de los conjuradores como una especie de certificado de buena vida y costumbres á que el juez atendía en la medida del derecho, declaracion que no eximía de recurrir á la prueba del testimonio, y que aún era considerada inútil cuando la prueba era completa.

Pero podía suceder que no hubiese testigos, y que la declaracion de los conjuradores pareciese el único ó el más seguro medio de eludir la cuestion, ó por lo ménos un elemento de prueba de un valor legal, cuyo elemento adquiría nueva fuerza con el juramento que se exigía á los conjuradores, y con la pena que se imponía por el juramento falso. La ley sálica condenaba en este caso á tres de los conjuradores á pagar cada uno quince sueldos de multa, y á cada uno de los otros á cinco, cuando se probaba que aquel por quien habían jurado, se había hecho culpable de un falso juramento (1). Por esta razon, entre otras, debía suceder con frecuencia que ni el acusado ni el acusador encontraran una persona que quisiera apoyar su defensa ó su acusacion (2).

Los conjuradores desempeñan un papel importante en la ley sálica y mayor aún en la ripuaria. Esta institucion

(1) Tit. 50.
(2) Greg. de Tours, IX, 13.

fué el principio de aquella obligada solidaridad que hallamos más tarde en Inglaterra y en otros paises, primero entre los miembros de una misma familia, y despues entre los indivíduos de una misma década, de la misma centuria, del mismo municipio y del mismo distrito.

La familia, dice un jóven historiador, era una, y cada uno de los que de ella formaban parte respondía de todos los demás en todas circunstancias, no pudiendo ninguno hallarse bajo la accion de la justicia sin que toda su parentela se hallase tambien, ni pagar ó recibir el wehrgeld sin que aquélla fuese tambien llamada á participar de sus consecuencias como en el juicio. Así, cuando se exigía el juramento á las partes, debían elegirse los *conjuratores* principalmente entre la familia, de tal suerte, que los parientes más próximos fuesen los primeros, no siendo requeridos los más lejanos sino á falta de éstos. Esto es lo que podemos deducir de una curiosa disposicion de la ley de los Burgundios, única en verdad en su especie, porque ha quedado bajo este punto de vista más cerca de la antigüedad que los otros códigos bàrbaros; pero que no por eso deja de ser la fiel expresion de lo que se practicaba, generalmente entre los Germanos ántes y aún despues de la conquista. «Si sobre algun ingenuo, tanto romano como bárbaro, recaen sospechas de haber cometido un crímen, preste juramento y jure con su mujer, con sus hijos y con doce de sus más nobles parientes. Si no tiene mujer ni hijos, pero sí padre ó madre, éstos completarán el número fijado; y si no tiene padre ni madre, preste el juramento con los doce parientes más próximos» (1).

Parece que la prueba de los conjuradores reemplazó en Dinamarca á la del hierro candente. En tiempo de Haroldo Nein (Haroldo IX) se realizó un cambio importante en la prueba: el acusado podía en general rechazar la acusacion negándola con juramento y conjuradores; la prueba testifical perdió su primera consideracion, y el juramento de las partes apoyado por un *juramentum credulitatis* de los conjuradores, llegó á ser el medio de prueba más ordinario (2).

Desde el siglo XI al XIII, todavía, se hallaban en uso los

---

(1) *Leg. Burg.*, t. VIII, trad. de Lehuerou. p. 61.
(2) Kolderup, § 73, p. 141.

conjuradores en Dinamarca, y su número variaba segun la importancia del asunto: había juramentos de treinta y seis, de veinticuatro, de doce, de seis y de tres personas, comprendiendo en este número á las partes. A falta de número bastante de conjuradores se perdía el negocio. Con frecuencia se presentaban dos testigos con el juramento de doce personas.

Una clase particular de conjuradores eran elegidos por el adversario entre los parientes de aquel cuyo juramento debían garantizar, al contrario de los otros conjuradores á quienes se elegía por sí. Siempre debían ser en número de doce, y rara vez aparecían en este período como no fuera en los asuntos de familia. Esta facultad que se concedía al adversario se volvía contra él cuando no hallaba personas que fuesen contrarias á la parte, y no había ya el recurso de decir que ésta había elegido sólo á aquellos de sus parientes que sabía habían de serle favorables, puesto que en aquel caso se consideraba que todos eran de la misma opinion.

Los medios de prueba empleados al fin del período precedente, en particular la prueba de los conjuradores, eran usados todavía en el derecho de Jutlandia en el siglo XVI. Sin embargo, en la ley de este país se necesitaban siempre doce conjuradores cualquiera que fuese la importancia del asunto: era mucho más frecuente la prueba por juramento de los parientes (*kynsnæfud, kynseth, frændeth*), y descúbrense las huellas de una prueba por juramento escrito. Bajo la influencia del derecho extranjero, recobró su importancia la prueba testifical, y tenía completa fuerza para el acusado.

Cristian II reguló con cuidado la prueba testifical y no se ocupó de la prueba por conjuradores. Esta, sin embargo, se hallaba todavía en uso en aquel período, puesto que Cristian III combatió los abusos á que daba lugar (1).

La história habla tambien del tormento como medio de prueba, pero las leyes no dicen nada de él (2).

Puede suceder que la informacion, el interrogatorio del acusado, la declaracion de los testigos y el testimonio de los conocidos y amigos no produzcan en el juez una con-

(1) Kolder., § 75, p. 120, 121, 144, 243, 246.
(2) Id., § 152.

viccion necesaria para condenar, sin que por otra parte le den la seguridad de la inocencia del acusado. Una informacion más ámplia, sólo daría por resultado prolongar la dificultad. ¿Y no debe concluir pronto el estado de prevencion, la incertidumbre cruel en que se halla quien está bajo el peso de una grave acusacion? La historía nos ofrece á lo ménos cuatro maneras de salir definitivamente de la dificultad: 1.ª, el juramento purgatorio, 2.ª, el tormento, 3.ª, la prueba judicial y la suerte, que no es más que una prueba exenta de peligros, y 4.ª, el duelo, en fin. El juramento purgatorio se acerca á la prueba por conjuradores, cuya consecuencia natural es.

CAPITULO X.

DEL JURAMENTO PURGATORIO.

SUMARIO.

1. Razones morales del juramento purgatorio.—2. Falsa conciencia.—Inconsecuencias de la supersticion.—3. El juramento purgatorio posterior, anterior ó contemporáneo á la prueba. —Prueba negativa.—4. Extrema diversidad con respecto al juramento judicial en cuanto á las personas, á las cosas y á la forma.—5. Detalles sobre este punto.—Derecho bohemio, polaco, anglo-sajon y lituanio.—6. Forma de este juramento en diversos pueblos.

En épocas de fé, puede pensar el acusador privado que poniendo al culpable en la alternativa de confesar ó ser perjuro, no puede dejar de ser vengado por los hombres ó por la divinidad, y aun podían participar de esta creencia el acusador público y el mismo legislador; pero la experiencia ha demostrado que importan poco á los hombres las penas futuras cuando se trata de eludir las presentes, y principalmente cuando se hallan persuadidos de que la religion posee medios expiatorios propios para lavar todas las manchas, y para reconciliarse infaliblemente con la Divinidad. Por otro lado, la falsa conciencia se armoniza perfectamente con la supersticion; de tal manera, que sí se contiene en un punto, desquítase en otros dando rienda suelta á sus malas inclinaciones. Así es, que el juramento puede ser observado fielmente bajo ciertos puntos de vista y violado bajo otros sin el menor escrúpulo por los mismos hombres.

A pesar de la inclinacion de los habitantes de la Guinea á robar y á engañar, respetan escrupulosamente las promesas que hacen bajo juramento, cuya forma consiste en acercar sucesivamente el rostro á los pies, á las espaldas, al pecho y á todo el cuerpo de aquél á favor de quien se hace el juramento, gritando al mismo tiempo; *Jau, Jau, Jau*; en hacer ruido con los pies y con las manos y en besar los ídolos que lleva sobre el cuerpo. Otros ponen por testi-

gos de su fidelidad sus compromisos del agua de prueba, preparada como se ha dicho en el artículo de la prueba de la fidelidad conyugal. No se consideran, sin embargo, rigurosamente obligados á guardar estos juramentos en las promesas que hacen á los Europeos (1).

En vista de lo que ha pasado en Dinamarca, y de lo que ya hemos hablado en el capítulo de los conjuradores, parecería que el juramento purgatorio ha precedido en algunas provincias, al ménos, á la prueba por el juicio de Dios. Hay aún más grosería, en efecto, en confiar en un milagro que en un acto de religion de parte de un hombre más ó ménos creyente, aunque se hallen en oposicion su conciencia y sus intereses; pero no hay, sin embargo, nada necesario en este órden de cosas. La prueba y el juramento purgatorio son ámbos pruebas negativas. Es una gran aberracion dispensar al acusador de probar la existencia del hecho denunciado, y dejar al acusado el encargo de demostrar que este hecho no existe. Una vez desconocido el principio de sentido comun, de que: «los hechos negativos no se prueban», es casi imposible no caer en el absurdo queriendo seguir el principio contrario. Y puede suceder entónces que segun las circunstancias morales y religiosas en que se esté, se piense primero ya en el juramento purgatorio, ya en la prueba, ya en estos dos medios de justificacion reunidos; pero buscando, sin embargo, más bien una confirmacion del juramento en el milagro, que una confirmacion del milagro en el juramento. Estos dos medios de prueba han sido tambien empleados indistintamente, segun era mayor ó menor la presuncion. Esto es lo que se practicaba en algunos pueblos eslavos de la Edad Media (2).

En la práctica del juramento purgatorio se observa la mayor diversidad: en unas partes, sólo el acusado se hallaba obligado á prestarlo; en otras, sólo los testigos podían jurar, lo que les distinguía de los conjuradores; en unos pueblos, el juramento era indiferentemente positivo ó negativo, segun que era prestado por el acusador, ó en su defecto por el acusado, apoyados uno y otro por conjurado-

(1) Lintscot, 4.ª parte, p. 66.
(2) Maciejowski, t. II, p. 92.

res (1); en otros, por el contrario, el juramento era exclusivamente purgatorio, pero debía ser prestado, ya por los testigos solos, ya por el acusador solo tambien; y en este último caso se permitía algunas veces al acusador presentar sus testigos, lo que hacía positiva la prueba que podía ser negativa al principio. Las partes podían hacerse la competencia en la cualidad y en el número de los testigos, y obligar al juez á recurrir á nuevos expedientes, como por ejemplo, al juicio de Dios, pudiendo llamarse nuevos testigos, no para unirse á los primeros, sino para confirmar su aserto. Algunas veces tambien sólo uno de los testigos presentados primero era considerado como purificador, y los otros no hacían más que atestiguar el dicho del primero; y si el tribunal se hallaba indeciso sobre el carácter positivo ó negativo que debía dar á la prueba por juramento, podía someter la decision á la suerte. Daremos algunas pruebas de estas extravagancias aún poco conocidas entre nosotros, y que sacan la cuestion del estrecho círculo en que la había planteado el solo conocimiento de las leyes bárbaras (2).

Era un principio en Bohemia que en los casos dudosos ó en aquellos en que la parte no podía justificar su derecho con títulos legítimos, ganaba la causa el que tenía mejores testigos: otros nuevos confirmaban por juramento la verdad de la declaracion de los primeros, y los libraban de la sospecha de haber mentido en justicia. El acusado podía, si lo deseaba, presentar tantos testigos como el querellante, pero no el doble como en el derecho germánico: en este caso la cuestion quedaba indecisa y era necesario emplear otros medios de descubrir la verdad, recurriéndose al juicio de Dios, segun las costumbres germánicas; pero cuando estos medios cayeron en desuso, no quedaron ya otros que esperar circunstancias más favorables al descubrimiento de la verdad.

En los tribunales inferiores, se necesitaban por lo ménos cuatro testigos: si uno de ellos juraba, los otros garantizaban su testimonio y se garantizaban necesariamente entre sí, decidiendo las circunstancias si las partes ó los

(1) Como en Bohemia, Macieiowski, t. IV, p. 228.
(2) Véasela resumida en Montesquieu, *Espíritu de las leyes*, XXVIII, c. 13-19.

testigos debían jurar. En igualdad de condiciones, la suerte decidía de parte de quien estaba el derecho de los *purgatores* (ó de los *accusatores*) y quien tenía el derecho de jurar (1).

No es esto todo: el juramento purgatorio no siempre justificaba de todas las acusaciones, variando su virtud segun los paises y los tiempos; y cuando tenía aquella virtud era en condiciones muy diversas, siendo necesario un número mayor ó menor de personas, ya de una cualidad ya de otra, que prestasen el juramento. El purgatorio no siempre era admitido en el mismo delito, pudiendo las circunstancias establecer excepciones: las gentes de Iglesia de Praga, cuando eran acusadas de robo, podían justificarse por el testimonio de los vecinos del acusado (2), y si el acusador sucumbía en justicia, era condenado á trescientos dineros de multa. En interés de los menores no tenían éstos necesidad de *purgatores*, bastando que jurase quien los representaba.

Cuando se trataba del robo de un perro, no tenía necesidad de justificarse por medio de juramemento aquel sobre quien recaían sospechas del delito, bastando que declarase sobre su conciencia que era inocente, y que deseaba convertirse en perro si no decía verdad.

El derecho bohemio tendía á que el acusado rico pudiese justificarse más facilmente que el pobre de una inculpacion, y á que sucediera lo contrario si el rico acusaba al pobre. El Estatuto de la Pequeña-Polonia dispone sobre esta materia: que el señor no pueda ser obligado al juramento por su servidor, aunque el señor acuse primero á éste; pero que el servidor debe justificarse seis veces de la acusacion.

En el derecho bohemio y en el polaco, si la mujer que había sido objeto de una violencia y que había escapado de las manos del violador juraba que había sido violada, era

---

(1) Macieiowski, t. II, p. 93-95.

(2) Un documento de 1274 inclinaría á creer que una acusacion de robo podía justificarse con siete testigos (Macieiowski, II, p. 93). El derecho dalmata, como el polaco, permitía justificarse de la acusacion de robo por un juramento (*ibid.*, II, p. 163). Los Montenegrinos rechazaban una acusacion semejante por medio de veinticuatro testigos, y de doce si se trataba de una injuria de hecho ó de una herida. Los testigos falsos pagaban el doble (*ibid.*, IV, p. 230.)

creida bajo su palabra; pero si no llevaba ninguna señal de su violacion, el acusado podía justificarse con seis testigos de su clase.

A aquel sobre quien recaían sospechas de un crímen ó delito, aunque afirmase que lo había cometido bajo la presion de la necesidad, no se le admitía el juramento personal, y debía buscar otras pruebas. Sin embargo, aún podía justificarse por medio de juramento si había cometido el crímen en un momento de cólera, ó si la acusacion se refería á un robo cometido más de un año ántes (1).

Las costumbres de los Polacos respecto al juramento eran casi las mismas que las de los Bohemios.

Segun la posicion social ó las preocupaciones, era una ventaja ó un inconveniente poder defenderse por *purgatores*: así, en Bohemia y en Polonia, las personas de elevado rango estaban exentas del juramento, y podían hacer valer la prueba testifical, lo cual era el derecho de exponerse á una condena cuando se podia evitar de seguro y aun con tranquilidad de conciencia, si el acusado era inocente. Es cierto que hablamos del juramento personal: el éxito era ménos seguro si el acusador podía presentar sus testigos, y el acusado no tenía completa seguridad en los suyos. Es probable que hubiese sérios inconvenientes acerca de la eleccion de los testigos purificadores, puesto que se decidió en 1377 que sólo los propietarios de inmuebles que llevaran tres generaciones de nobleza, pudiesen ser testigos en los asuntos criminales (2); y aunque no se tratara aquí sino de los testigos ordinarios, no vemos por qué razon había de ser ménos difícil la eleccion de los purificadores cuya declaracion había de ser decisiva, toda vez que formaba una prueba legal. En Polonia, habia llegado á ser un comercio el juramento, que no era más respetado en los otros paises, excepto quizá en Rusia en donde se hallaba rodeado de más solemnidad; y sin embargo, en Hungría era castigado el perjurio con la confiscacion de bienes, por lo cual se exigía tal vez en los testigos la cualidad de propietarios (3).

Los Anglo-Sajones creyeron que podían compensar la

---

(1) Macieiowski, t. II, p. 96, 97, 99, 100.
(2) *Ibid*, t. II, p. 100.
(3) Macieiowski, IV, p. 225, 227; II, 101.

humilde condicion de un purificador ó de un simple testigo por el número de juramentos que de él se exigían, ó por el número de los purificadores. La misma diferencia se establecía en el valor del juramento que en el wehrgeld: el juramento de un *twelfyhndesman* valía por los de seis *twyhyndesmen* juntos (1).

Distinguíanse dos clases de juramentos ó *lade* (*lada* en el latin de la época), el juramento simple y el triple *(anfeald and thryfeald lade)*; distinguíanse tambien el *juramentum planum* (*pleno juramento* de los Normandos) y el *juramentum fractum*, juramento interrumpido.

El triple juramento se prestaba por las personas de no muy buena reputacion (*tyhtbysig, ungetriwaman, blasmed, incredibilis)*, y era necesario que los conjuradores fuesen tres veces más numerosos que en el juramento simple.

En cuanto al *juramentum planum*, sucedía con frecuencia que no era prestado la primera vez que comparecían las partes; y todo aquel que no era indigno de fé, era admitido sin dificultad á prestarlo con sus conjuradores el dia ulteriormente fijado. Este era el *juramentum planum*; pero los indignos debían jurar en dos veces por temor de que en el intérvalo de las dos citaciones se entendieran con sus conjuradores, y conviniesen en un engaño. Este era el *juramentum fractum* (2).

Estas distinciones debían parecer más necesarias áun en los juramentos purgatorios hechos por terceros. Mas ¿cómo podían aplicarse al juramento purgatorio personal, juramento de tan grande importancia, puesto que la asamblea pronunciaba la absolucion ó la condena segun que el acusado podía ó no prestarlo? (3). ¿Dónde estaba la garantía para la parte civil y para la misma sociedad?

Pero donde hallamos las mayores extravagancias en esta parte del procedimiento criminal es en el derecho lituanio, que exigiendo al querellante que su aserto fuese apoyado por conjuradores, le obligaba á su vez á afirmar por juramento que los testigos que habían declarado en su favor habían dicho verdad (4).

(1) Philipps.
(2) Id.
(3) Id.
(4) Macieiowski, IV, p. 224.

¿Es necesario que nos extendámos más sobre el juramento purgatorio ó sobre el juramento judicial en general? Ya hemos hablado de su objeto ó de su fin, y tambien hemos dicho algo de las personas que eran ó no admitidas á prestarlo, y de los casos y condiciones en que era admisible. Digamos, para concluir, algunas palabras sobre su forma en lo que tiene de más notable.

Estas nuevas particularidades se encuentran más especialmente en los pueblos de raza germánica.

El juramento podía ser prestado por todos los que tenían el uso de la palabra, y áun los niños fueron admitidos á prestarlo por boca de sus tutores. Ciertos juramentos sólo podían prestarse por hombres libres, y otros no podían serlo por mujeres. Se juraba por los dioses, por Dios, por el Santo Sacramento, por el altar, por el viento, por el agua, por los bosques, por las rocas, por su espada, por su barba, por la barba de su padre, etc.; las mujeres juraban poniendo la mano sobre el pecho. Al pronunciar el juramento se tocaba un objeto consagrado á los dioses ó á los santos á quienes se invocaba, siendo entre los Escandinavos un anillo teñido de sangre de las víctimas y consagrado al dios Uller. Se hacía el juramento con la boca y con las manos, y debía pronunciarse en voz alta é inteligible, sin vacilacion ni turbacion, levantándose la mano derecha: en la Edad Media se dejaban las armas y se quitaba el yelmo y la caperuza. La pena que se imponía al perjuro y al testigo falso era la de cortarle la mano y á veces otra mayor (1).

El juramento iba acompañado de una solemnidad religiosa entre los Rusos de la época pagana, y entre los Búlgaros, áun despues de su conversion al Cristianismo, se sacaba la espada para prestarlo. Tambien había otras ceremonias que eran un resto del paganismo: los Rusos convertidos juraban por su fidelidad y por su fé; el testigo que había visto merecía más fé que quien solamente había oido decir, y rara vez se sometía al primero al juramento, miéntras que el segundo debía jurar siempre.

En Hungría, los libertos y los que no tenían hijos no podían testificar en justicia, y el testimonio de un extranjero ó de una persona de iglesia sólo era admitido contra un

---

(1) Grimm.

extranjero ó contra un eclesiástico: el juramento de éste no era válido sino en tanto que era recibido en la iglesia.

Los Lithuanios, segun una antigua costumbre, juraban sobre una piedra, y los Masovianos sobre un crucifijo; siendo costumbre en Masovia tomar la capa de quien vacilaba en pronunciar un juramento, cuya costumbre fué abolida en 1389 (1).

Las leyes no prohiben sino lo que ya se practica; pues bien, Amalarico, rey de los Visigodos (511-531), prohibió por una ley dada en Toro, que se jurase en justicia (aunque el juez lo mandase ó lo hubiese exigido la parte contraria) por San Vicente de Avila, por el cerrojo de Santa Agueda, por el altar, por el sagrado cuerpo de Cristo, ó cualquiera otro juramento de este género, so pena de diez mil maravedís de multa (2).

---

(1) Macieiowski, t. II, p. 101, 102, 105, 222, 223, 100.
(2) Prieto, *ob. cit.*, lib. II, c. IX, 7, p. 92.

CAPITULO XI.

DEL TORMENTO.

SUMARIO.

1. Cómo se introdujo el tormento.—2. Institucion reprobada.—3. Cuál era su fin.—4. Diferentes especies de tormentos respecto á sus fines.—5. Los antiguos habían imaginado ya el tormento; Egipcios, Chinos, Romanos, etc.—6. Por qué motivo se aplicaba á los esclavos.—7. Los Burguiñones, los Bávaros, los Visigodos.—8. Alemania, Rusia, Escocia, Inglaterra, Italia, España y Francia han sido oprimidas por el tormento.—9. Cómo desapareció en Francia la cuestion preparatoria del tormento y la cuestion prévia.—10. Dos clases de cuestiones preparatorias con reserva y sin reserva de pruebas.—11. Diversidad de formas de la cuestion de tormento.—12. Lo que tenía de más odioso. —13. Los criminalistas. —14. Algunos detalles sobre el tormento en diferentes lugares; en Francia, en los países de raza slava, en Servia, en Polonia, en Rusia, en Inglaterra, en España.—15. Su abolicion en los países civilizados.—Subsistencia en los cantones de Friburgo y del Tesino.

Viendo que el acusado ó los testigos se negaban á confesar ó á prestar las declaraciones necesarias para ilustrar á la justicia, ó que pretendían inducir á error con declaraciones incompletas ó falsas, los jueces, más inclinados á la violencia que hábiles para descubrir los engaños y hacer respetar la verdad y la justicia á aquellos mismos que se hallasen dispuestos á faltar á una y á otra, quisieron arrancar por la fuerza confesiones que no podían obtener por la habilidad ó la persuasion. De aquí nació el tormento.

Ya se ha dicho cuanto podía decirse contra está abominacion judiciaria, razon por la cual seremos breves (1),

(1) Combatida ya por Séneca, Quintiliano y San Agustin, ha sido atacada con nueva fuerza por Montaigne, Charron, Bayle, Grotius (en sus cartas), Leclerc, Barbeyrac, Thomasius, Montesquieu, Beccaria, Voltaire, Rousseau, Servan, Dupaty, Brissot de Varville, etc. En el siglo XVII, en 1681, Agustin Nicolás, consejero en el Parlamento del Franco-Condado, publicaba una de las mejores requisitorias contra el tormento. *Si el tormento es un medio seguro de descubrir los crímenes secretos; Disertacion moral y jurídica en la que se trata ámplia-*

bastando á nuestro propósito notar que la posicion del inocente es peor que la del culpable.

Se recurría al tormento para alcanzar la confesion de un delito, para evidenciar una contradiccion, para hacer expiar una infamia y para castigar presuntos delitos.

Hay pues dos clases de cuestion; la una destinada á instruir al juez, la otra á castigar un delito real ó presunto. No tenemos para qué ocuparnos de ésta que, no es más que una pena justa ó injustamente aplicada.

Los Egipcios, los Griegos y los Romanos han legado á los modernos el ejemplo de este método para descubrir la verdad, y el tribunal de la Inquisicion ha sido tambien una autoridad de gran peso en la materia.

Los Chinos que no han copiado á nadie, han coincidido tambien en este punto con la mayor parte de los pueblos de la antigüedad y de los tiempos modernos; pero debemos decir en honra suya que ha sido muy limitado el uso que han hecho de esta invencion (1).

El tormento ocupaba el lugar del juramento entre los esclavos: el estado de servidumbre envilecía de tal modo á los hombres, que ni la religion ni Dios mismo se consideraba que podía respetar lo que no respeta nadie.

Los Burguiñones y los Bávaros hicieron pasar el tormento á sus leyes, y los Visigodos no lo rechazaron por completo.

Cárlos V lo introdujo en Alemania; Rusia, aun hasta el reinado de Catalina II, y aun despues, creyó que no podía pasarse sin él; Escocia é Inglaterra bajo los Tudor, fueron

---

mente de los abusos que en todas partes se cometen en la instruccion de los procesos criminales. y particularmente en la investigacion del sacrilegio. M. F. Helie ha hecho un grande y justo elogio de esta obra. Véase un trabajo más reciente sobre la materia en la *Revista de legislacion*, t. IV y V.

(1) *Memor. sobre los Chinos*, t. VII, p. 37. El tormento se halla prohibido para tres clases de personas: los ancianos, los menores de quince años y los enfermos. En el siglo XVI había dos clases de tormentos en China: en la primera, se ataba el cuerpo del paciente á un poste, y se le cogían los dedos entre dos tablas que se podían juntar cuanto se quisiera por medio de una cuerda: si el paciente resistía este tormento, se empleaba el segundo. Tendíasele en tierra boca abajo con las manos atadas al suelo y los piés y las piernas cogidos entre dos enormes planchas sujetas por los extremos con cuerdas que se enrollaban en un cilindro clavado en tierra. Un ejecutor daba sobre las planchas con un martillo de hierro (F.-H. Lintscot, *Ind. or. descript.*, t. III, lámina 29).

igualmente afligidos por el tormento; España é Italia lo recibieron con reconocimiento de manos de la Inquisicion. Floreció en Francia hasta el siglo XVIII, y fué abolido en una de sus formas (el tormento prévio) el 16 de Agosto de 1780: ocho años más tarde Luis XVI, prohibiendo de nuevo el tormento prévio, no estaba muy seguro de no verse obligado á restablecerlo, y se reservó el hacerlo si la experiencia le demostraba su necesidad. La Asamblea constituyente fué más atrevida, pues borró de nuestras leyes, no sólo la cuestion preparatoria, sino la cuestion prévia.

Llamábase tormento preparatorio al que formaba parte de la instruccion, y prévio al que seguía á la condena y precedía á la ejecucion; éste y tenía por fin el descubrimiento de los cómplices.

El tormento preparatorio era tambien de dos clases: con reserva y sin reserva de pruebas. En el primero, el juez suficientemente instruido ya por las pruebas que poseía, se reservaba la facultad de fundar en ellas su sentencia, y por consiguiente de condenar al acusado aunque no pudiera obtener ninguna confesion. Sin duda que esta confesion no era necesaria para establecer la conviccion del juez, y entónces ¿qué fin se proponía? ¿Qué conviccion es esa que necesita ser confirmada? ¿Qué derecho hay para imponer inútiles tormentos? ¡Para obtener la confesion del culpable! ¿Pero qué os importa su confesion si estais seguros de su culpabilidad? Y si no lo estais, ¿por qué el tormento?

En el tormento sin reserva de pruebas, el juez se creía, por el contrario, en la necesidad de absolver si los sufrimientos no lograban arrancar la confesion.

Por lo demás, el tormento preparatorio ó prévio variaba en la forma y en el grado, y se distinguía en simple ú ordinario y compuesto ó extraordinario, teniendo lugar por el agua, por el borceguí, por el potro, etc. Un sábio jurisconsulto, el consejero Berriat-Saint-Prix, ha reconocido hasta treinta y cinco clases (1).

Lo que había de más odioso quizá en esta forma de instruccion criminal, era la especie de hipócrita homenaje que se tributaba por el juez á la libertad con que debía hacerse la confesion de un acusado. En muchos Estados, entre los

(1) *Los tribunales y el procedimiento del gran criminal en el siglo XVIII hasta* 1789.

cuales tiene el honor de no contarse Francia (1), la confesion arrancada en los suplicios no tenía valor miéntras el paciente, libre un momento del suplicio, no la confirmase con juramento. Si vuelto en sí se negaba á ratificar su primera declaracion, era sometido de nuevo al tormento, y así hasta tres veces ó más si el juez lo creía necesario.

Lo único que podría justificar algo el tormento es que, en opinion de los criminalistas más notables, Menochins, Julius-Clarus, Bossius, Boerius, Farinacius, etc., el acusado no podía ser sometido al tormento, miéntras no existieran contra él cargos muy graves; pero en este caso es tambien sensible que los mismos jurisconsultos hayan creido deber sujetarse tanto ménos severamente á estas condiciones protectoras, cuanto más grave era el crímen y por consiguiente, la pena conminada. El temor y el interés han hecho feroz el despotismo y á sus partidarios injustos é inhumanos.

Los antiguos criminalistas franceses al hablar del tormento no lo censuran más que los del otro lado del Pirineo ó que los jueces de la isla de Nifon. Es necesario sobre todo oir al célebre Ymbert: «Todas las personas de cualquier dignidad que sean, pueden ser sometidas al tormento en este reino, y áun á los mismos sacerdotes los jueces eclesiásticos los someten al tormento cuando el delito es enorme... Y por lo mismo que hay muchos tan sagaces y maliciosos que todo lo que han confesado en el tormento, lo niegan cuando son interrogados al dia siguiente, ha sido costumbre sujetarse á la confesion hecha en él si es verosímil, ó referir á ella los informes y las pruebas obtenidas en el proceso criminal... Cuando el juez ve que no hay prueba suficiente para fundar en ella un castigo corporal y sí sólo una pena pecuniaria, á fin de que negándolo todo el acusado no eluda tambien esta pena, ordena que el delincuente sea sometido al tormento, sin que por esto se prescinda de los indicios que resulten del proceso» (2).

Y no es esto todo: el sometido al tormento, no sólo se perjudicaba á sí mismo en sus confesiones, sino que hacía recaer sobre los suyos una parte de la pena. Era un axioma de derecho; «Confesion hecha en el tormento por el acusa-

(1) Al ménos no sin distincion. V. Pothier, *ob. cit.*, p. 357-363.
(2) *Práctica judicial*, p. 650, 653-657.

do perjudica á sus herederos, si persevera en ella, aunque muera ántes de ser condenado» (1).

A favor de estas tinieblas del procedimiento secreto, que deshonraron durante tres siglos la justicia real, reapareció el tormento.

Ya se había introducido en la práctica en el siglo XIII, gracias sin duda á la invasion del derecho romano y á la insuficiencia de los medios represivos de que á la sazon disponían los jefes de los Estados, á la dureza de las costumbres, á la ignorancia general y, en una palabra, á las miserias de los tiempos. Como el duelo, tuvo sus reglas, sus excepciones y en general su disciplina; pero era difícil que no fuese modificada una institucion, tan terrible y tan delicada debiendo ser muy prudentes los llamados á aplicarla, para que su uso no produjera ya por sí sólo notables cambios. Y esto fué lo que sucedió. Las reglas que presidían al tormento cambiaron desde el siglo XIII al XVIII (2).

El tormento no se introdujo hasta bien tarde entre los Eslavos, y parece que fué adoptado por imitacion; importacion no muy feliz por cierto. En Rusia, se hallaba muy en uso en el siglo XVII como complemento de pruebas (3), y en Sérvia, entre los Eslavos (4), no lo hallamos hasta el siglo XIV; pero despues se extendió por todas partes. Si se encontraba en casa de algun ciudadano sospechoso, oro, plata, etc., se le aplicaba el tormento tres veces al dia, y si no confesaba y moría en él ó recibía una mutilacion, se le debía una indemnizacion á él ó á los suyos. Si el juez descubría en su casa medios mágicos para protegerse contra el tormento, hallábase obligado á reparar el delito de que era acusado aunque no se confesase su autor (5).

En Polonia y en Rusia, se empleaban sucesivamente el tormento y los ordalias, y á los hechiceros particularmente se les sometía al tormento y luego á la prueba del agua fria. Los jurisconsultos polacos han sido siempre contrarios á este género de supersticion que no tenía ningun fundamento en las leyes del país; pero la Iglesia, observa el

(1) Imbert, *Enchiridion*, p. 53.
(2) Comp. las ord. de 1539 y de 1670.
(3) De Reutz, tercer periodo.
(4) Macieiowski, t. II, p. 145.
(5) Id., t. IV, p. 145.

historiador que analizamos, que veía allí una especie de incredulidad, se esforzaba en demostrar con pruebas de su invencion que hay hechiceros, y obtuvo de Segismundo la ordenanza de 1543, en virtud de la cual la Iglesia tenía el derecho de juzgar y de castigar los sortilegios. En 1776 se abolió el tormento y la pena de muerte en materia de hechicería; pero despues de esta fecha se dió tormento y se quemó todavía en Polonia á algunos pretendidos hechiceros. Bastaba que una pobre vieja tuviera los ojos penetrantes, hinchados ó inyectados para que mereciese el nombre de hechicera (1).

Si puede alabarse Inglaterra de haber rechazado el tormento y la Inquisicion; si es cierto, como afirma Hallam, que el tormento no se ha establecido allí nunca por una ley, debemos admirarnos del uso que se ha hecho de él y de la época tardía en que ha desaparecido. Tomo mi cita de Linguet sin buscar el original.

«Cuando el acusado se niega á defenderse, es decir, á responder á la pregunta: «¿Sois culpable ó nó?», el juez, despues de haberle exhortado á contestar y de haberle manifestado las consecuencias de su negativa, pronuncia esta sentencia: «Redúzcasele á prision, póngasele en ella desnudo, en el suelo, tendido boca arriba, hágase en tierra un agujero en la parte donde está la cabeza, y métasela en él, y sobre todas las partes de su cuerpo pónganse tantas piedras y hierros cuantas pueda sostener. Ademas, miéntras viva désele solamente pan y agua de la peor calidad que haya y sacados de los alrededores de la prision; el dia que coma, no beba, y el dia que beba, no coma, y así hasta que muera (2). Una vez pronunciada esta sentencia, el acusado no puede cambiarla sometiéndose á responder, sino que ha

(1) Macieiowski, t. IV, p. 363.

(2) V. Linguet, *Teoría de las leyes civiles*, t. I, c. VI, p. 162, nueva edicion.—Se puede sin gran dificultad comparar este procedimiento con la especie de tormento que se usa en el Japon. Se hace beber al acusado cierta cantidad de agua que se le echa con un embudo, y cuando el cuerpo está suficientemente lleno, se le tiende en el suelo y los verdugos le dan patadas en el vientre. Si persiste en negar, se le envuelve el cuerpo con dos tiras de tela desde el cuello hasta los talones, y en este estado se le expone á los ardores del sol ó á los rigores del frio, tendido con la espalda sobre piedras. Si este suplicio tampoco arranca la confesion del crímen, se le relega á una isla destinada á los criminales, en donde se ocupan en criar gusanos de seda ó en fabricar telas. (Des Essarts, t. IV, p. 21 y 22).

de ser ejecutada.» ¡Se creerá que esta ley no fué derogada hasta 1774!

No debe sorprendernos hallar el tormento en España, en Italia y en todos los países en donde ha reinado y florecido la Inquisicion que lo habría inventado en caso necesario. Así, pues, en España, si despues de oidos los testigos, el acusador pide que se aplique el tormento á falta de pruebas suficientes, y estas pruebas son sin embargo bastante graves para que puedan dar derecho á su demanda, se accede á ella; y otras veces el acusador era sometido al tormento como el acusado (1). Por lo demás, la jurisprudencia española admitía respecto al tormento tres principios protectores, que ciertamente habrían podido serlo más; pero tal como eran habrían podido los demás pueblos adoptarlos con provecho. Sin embargo, entre esta jurisprudencia española y la antigua francesa había muchos puntos comunes. Hé aquí estos principios y sus consecuencias:

1.° El tormento no se aplica á toda clase de súbditos;
2.° Sólo sirve para descubrir el resto de la verdad;
3.° Debe ir precedido de muy graves indicios.

En consecuencia:

1.° No puede aplicársele á los menores de catorce años, á los caballeros, doctores y regidores del concejo, ni á sus hijos si tienen buena reputacion, á la mujer embarazada hasta despues del parto; los parientes dentro del cuarto grado, ascendientes, descendientes ó colaterales no pueden pedirlo unos contra otros, ni la mujer contra su marido, ni el suegro ó la suegra contra sus yernos ó nueras, ni los padrastros contra los hijastros y recíprocamente.

2.° No pueden asistir al tormento más que el juez, el escribano y el verdugo; y cuando hay dos ó más acusados se empieza por el más débil ó por el más comprometido. Si el juez aplica injustamente esta pena, él la sufre á su vez. Toda confesion hecha en el tormento sólo es valedera en cuanto es confirmada más tarde *en un lugar separado*. El tormento no se aplica otra vez sino en los casos de crímen de lesa-majestad, de robo y hurto, en los cuales tampoco puede aplicarse más que tres veces. Los medios del tormento deben ser ordinarios, y si el delito es patente, no se aplica

---

(1) Asso y Manuel.

dicho tormento so pena de que el juez tenga que pagar los daños y perjuicios: á éste toca ver si las pruebas son suficientes para proceder al tormento, que sólo se aplica en aquellos delitos que llevan consigo penas corporales.

Este medio de descubrir la verdad, tan inseguro como odioso, ha desaparecido de todos los países civilizados; y en muchos puntos, principalmente en Escocia y en la provincia de Frisia, fué abolido el tormento á consecuencia de falsas acusaciones de culpabilidad que habían sido arrancadas por el dolor á los acusados Puede verse en *Des Essarts* la manera como se aplicaba y se aplica quizá todavía el tormento en un gran número de países, en Roma y en muchos otros Estados de Italia, en Francia, en España, en Cerdeña, en Suecia, en Escocia, en los Países Bajos, en China, en la India, en el Indostan, y á lo largo de las costas de Coromandel y del Malabar, etc. (1).

¿Sorprenderé mucho á mis lectores cuando les diga que á las puertas de la Francia un canton de Suiza, Friburgo, no ha renunciado aún al tormento? En el canton del Tesino el juez instructor puede recurrir al calabozo, á las cadenas y á poner al acusado á pan y agua durante quince dias para vencer sus tenaces negativas; si estos medios son insuficientes, se le administran veinticinco latigazos en la espalda desnuda, con un nervicio de buey, y si no bastaran aún, se le aplica el doble, etc. (2).

---

(1) Des Essarts, t. VI, p. 344 y sig.

(2) Siegw. Muller, Rossi, *Derecho penal*, t. I, p. 72.—V. sobre el tormento en general á Birnbaum, *ob. cit.*, p. 116 y 126;—Wittanhuis (J), *Orat. de inquis. et inut. torment. in quæst. reor.*; Lugd. Bat., 1736;—Opgilder (E.), *De quæstione se tortura reor.*, Lugd. Bat., 1742;—Cibrario, *ob. cit.*, t. II, 127 y sig.;—Saint-Edme, *Dicc. de la penalidad*, v. *Apega*. Esta era en la Edad Media la vara de hierro inventada por la Inquisicion en España y trasportada á Alemania. V. *Magas. pittor.*, 1852, p. 310 y sig. Este suplicio se llamaba el *ósculo de la vara*. Véase la *Historia de la Inquisicion*, y lo que de esta institucion hemos dicho.

CAPITULO XII.

DE LA PRUEBA Y DE LA SUERTE

SUMARIO.

1. Razones morales de la prueba.—2. Manera de someter la cuestion á la Divinidad.—3. Exigiría una contra-prueba.—4. Cómo se ha tratado de explicar el giro dado generalmente a la cuestion.—5. Insuficiencia de estas hipótesis.—6. No hay hipótesis imaginable para las pruebas dictadas por una supersticion ó un fanatismo radical.—7. La mejor razon se toma de la naturaleza moral, política y religiosa del hombre.—8. La prueba en Oriente (comprendiendo tambien el Africa): los Quojas, los Yoloffs, Loango, la Guinea, el Congo, Madagascar, el Egipto, la India, el Thibet, la Arabia, el Japon, Siam, la Judea.—9. La prueba en Occidente: en Grecia, en Sicilia, en Roma, entre los Batavos,—entre los otros bárbaros de raza germánica,—entre los Francos, entre los bárbaros de esa raza esclava, entre los Polacos, los Bohemios, los Búlgaros, los Rusos, los Daneses, los Irlandeses, los Anglo-Sajones, los Bretones, los Angevinos, Costumbre en Austria y en España.

Los hombres ignorantes y superticiosos encuentran mucho más sencillo dejar á la Divinidad el cuidado de resolver entre la culpabilidad y la inocencia de un acusado, que resolverlo ellos mismos: si se prestan mucha fé los unos á los otros, hacen uso del juramento; si dudan de la completa eficacia de este medio, emplean tambien otros más difíciles de eludir por parte de aquel que está sometido á ellos, y con frecuencia apelan sólo á estos últimos; y si las pruebas son de tal naturaleza que alcancen á todo hombre cuya inocencia sólo podría declararse por un milagro, entónces son terribles, puesto que á ménos de un milagro real, deben siempre acusar la culpabilidad. Este es el caso más ordinario.

Si por el contrario, las probabilidades están por la inocencia, es decir, si el efecto natural de la prueba es admitido como un signo de la no culpabilidad, son tan favorables al crímen como al inocente mismo, y no debe haber por lo tanto culpables; pero esta manera de considerar las pruebas no es la más comun.

Por lo demás, sería completamente indiferente dar á las pruebas un carácter más bien que otro, y plantear la cuestion de inocencia ó de culpabilidad, si la planteada primitivamente era luego anulada; puesto que el segundo milagro si tenía lugar, confirmaría al primero, y si no se realizaba era porque éste no había sido tal milagro. Si á esta pregunta: «¿el acusado esculpable?» se le mete en agua fría ó caliente, y á esta otra: «¿el acusado es inocente?» se le mete tambien, la inmersion no puede significar si en un caso y no en el otro, sino que deberá traducirse por «ni sí, ni nó,» ó lo que es lo mismo, respuesta nula; pero si me limito á una ó á otra pregunta y decido segun el sentido de la respuesta, teniendo en cuenta la naturaleza del suceso, puedo tomar un acontecimiento natural por un milagro ó un milagro por un acontecimiento natural, y me engaño igualmente. Si en la prueba precedente supongo yo que el acusado no sobrenada sino en el caso de que sea culpable, debo, para estar seguro de su culpabilidad, consignar lo que le sucedería si fuese inocente. Entónces, si le veo hundirse, tengo la contra-prueba necesaria: sé que no sobrenada sino porque es culpable y no naturalmente. De otro modo, se confía al azar poniendo la mayor suma de probabilidades ya en pró ya en contra de la inocencia, ó lo que sucede más comunmente, se cubren con un velo religioso los artificios propios para alimentar la credulidad del pueblo ó el ascendiente de aquellos que de ellos viven y se sirven.

Se ha tratado de explicar de muchas maneras el planteamiento de la cuestion en la prueba: «Si se había admitido, dice Ameilhon, que la culpabilidad quedase demostrada en el caso en que el acusado no se sumergiese en el agua, es porque se había observado que hay hombres que naturalmente sobrenadan, y porque se creía que los encantadores y los hechiceros no podían sumergirse. Los hechiceros principalmente, eran los sometidos á la prueba del agua fría, y es bien sabido que las personas que padecen enfermedades nerviosas de esas que excitan todo el sistema tienen la singular propiedad de no sumergirse en el baño» (1). Por consiguiente, el autor de esta noticia no admite como auténticas las pruebas por el agua que tuvieran por fin con-

(1) *Acad. de inscrip. y bellas letras*, t. XXXVII, p. 556 de las *Memorias*.

siderar culpable al que se sumergiese, ni lo que se cuenta de la prueba á la que los Celtas sometían á sus hijos en el Rhin para asegurarse de su legitimidad. Esto es llevar demasiado léjos el espíritu de sistema.

La explicacion de Ameilhon, por ingeniosa que sea, y quizá por esto mismo, nos es sospechosa, puesto que la supersticion no llegaba á tanto. Y hay más: si esta explicacion fuese justa, sería necesario convenir en que la prueba no era tal, porque supone que los hechiceros sobrenadan naturalmente; lo cual no sucede por efecto de una accion especial de la Divinidad, ó porque los hechiceros sean tales hechiceros, sino por alguna razon física que no tiene nada de comun con la hechicería. Si los hechiceros sobrenadasen naturalmente, es decir, si esta hubiera sido la creencia de los que han establecido la prueba del agua fria, sería necesario plantear la cuestion en un sentido diferente, y decidír que los acusados de hechicería no fuesen convictos si se sumergían.

Sería menester probar ademas que en la época en que se había imaginado la prueba del agua fria, se habían hecho ya las observaciones de que habla el autor y que eran conocidas de los legisladores; sería necesario probar tambien que las pruebas del agua fria no se habían empleado más que para los casos de hechicería, y en fin, conciliar esta opinion con el espíritu de las otras clases de prueba en que generalmente se va contra la naturaleza para obligar á Dios á interesarse por medio de un milagro en la salvacion de un inocente más aún que en el castigo de un culpable. La cuestion de la prueba se hallaba establecida más bien contra la inocencia que contra la culpabilidad, la cual se presumía, esperándose de Dios la intervencion de las leyes de la naturaleza para hacer resplandecer la inocencia si existía. Y presumiéndose la hechicería, y una vez supuesto que el hechicero sobrenada naturalmente, debía esperarse en esta prueba la inmersion para contradecir milagrosamente la presuncion contraria si á ello había lugar, y salvar la inocencia. Limitándose á esperar de Dios en la prueba del agua fria que el acusado de hechicería no se sumergiese si era realmente culpable, ó suponiendo que así sucediera, establecida esta culpabilidad, no era esto esperar un milagro en favor de la inocencia, sino sujetarse á lo que se consideraba como una ley de la naturaleza con rela-

cion á una especie de culpabilidad. Habría sido menester, por el contrario, partir de la suposicion de que el inocente sometido á la prueba del agua por acusacion de hechicería, debía milagrosamente sobrenadar, puesto que naturalmente se sumerge; y en este caso, el hecho de sobrenadar hubiera probado la inocencia en vez de establecer la culpabilidad. Y si la prueba hubiera sido completa, como debía ser, no se hubiese concluido de aquí nada, á no ser que el mismo indivíduo que había sobrenadado primero, se hubiera sumergido despues en la misma agua y en idénticas circunstancias: si así no sucediera, el milagro habría podido declararse como no existente. Pero sin acudir á la contra-prueba,—cosa en la que parece no haberse pensado en aquellos tiempos de ignorancia y de crédula barbárie,—¿porqué no haber esperado que se realizara un prodigio contra el culpable, ántes que atenerse á lo que se creía un estado de cosas natural respecto á él? Creo hallar dos razones que explican este fenómeno: era porque en el fondo de esta supersticion había aún un cierto temor de que no se realizara la intervencion divina, y de que no alcanzara á los culpables; y porque fundándose en la bondad divina, se imaginaba naturalmente que ésta tendería ménos á hacer perecer al culpable que á salvar al inocente. Aquí los atributos de la Divinidad estaban doblemente en juego, puesto que se apelaba á su bondad y á su justicia. Estas razones psicológicas bien valen otras.

Un escritor contemporáneo cuya erudicion no le impide reflexionar, Ozaman, presume que si por la prueba del agua se decidía que quien no se sumergiera fuese considerado culpable, es porque se suponía que había una divinidad oculta en el agua, «la cual descubre al malhechor, cuya presencia no puede sufrir y le rechaza á su manera,» como la divinidad oculta en el fuego rechaza igualmente al culpable. A esta creencia llama Ozaman una razon profunda del principio de la prueba en el paganismo del Norte (1).

Dudo que esta razon valga más que la precedente, y que la profundidad de los Germanos no corresponda al hábil intérprete de sus costumbres. Y aunque se admitiera, en efecto, que los habitantes del Norte (como los del Mediodía) creían que existe en toda la naturaleza un *quid divinum*

(1) Los Germanos ántes del Cristianismo, p. 121.

que preside á los diversos elementos, ¿sería esta razon suficiente para admitir que han hecho de esta creencia la aplicacion que se supone? Y ademas, esta explicacion ¿es físicamente plausible? ¿Por qué no se habría razonado de otro modo y planteado la cuestion de otra manera diferente, áun tratándose de este dogma? Por qué no se habría dicho: la divinidad que reside en el fuego no rechaza al culpable que á él se arroja; por el contrario, lo penetra, se une á él para quitarle la vida, de la misma manera que trata al inocente. Así tambien la divinidad de las aguas sepultará al culpable, penetrará en él, disolverá su sustancia, como la del inocente. No había, pues, razon física ni metafísica para plantear la cuestion de una manera diferente en el agua que en el fuego: en uno y otro caso se exigía un milagro, y éste sólo podía ser evidente cuando se suspendieran las leyes ordinarias de la naturaleza, cuando el fuego no quemase, cuando el agua dejara de sepultar un cuerpo de un peso específico superior. Este es el principio. ¿Por qué, pues, se había de reclamar el milagro contra el culpable en un caso y en favor del inocente en otro? Tal es la cuestion. Y los hechos prueban que no hay nada constante en esta manera de solicitar el milagro, y que ora se pide que se realice contra el culpable, ora á favor del inocente. ¿De dónde procede pues la diferencia, repetimos, que se admite casi en todas partes? Pues bien; procede de las razones que más arriba hemos dado, aplicadas á este hecho, que ha variado segun los pueblos, los tiempos y las circunstancias. Si se tratara de someter á la prueba á un hombre considerado inocente, se elegiría un género de ella en que el milagro debiera alcanzar al criminal; y si se tratara, por el contrario, de una persona considerada culpable, el género de prueba sería entónces tal, que el acusado no pudiera librarse sino por un milagro.

Los oficiales de justicia encargados de la prueba saben perfectamente modificarla para perder ó salvar á quien les parece. No digo que en principio los artificios, ó si se quiere, una especie de necesidad moral, haya tenido esta gran parte en las decisiones consideradas por el pueblo como providenciales; pero no sería aventurado decir que la prueba concluyó por ser un instrumento para perder ó salvar á los acusados á voluntad de los que tenían á su disposicion tan terrible medio. Sólo el fanatismo ha podido

negar la evidencia de que Dios no escucha que se le tiente ni áun en beneficio de la inocencia. Comprendo que este fanatismo haya durado acá y acullá tanto como las pruebas mismas; pero no dejaba de tener excepciones y tampoco había existido nunca en el pensamiento tradicional de los que habían considerado la prueba como un medio secreto de condenar ó absolver á sus enemigos.

En resúmen, la hipótesis de Ozanam carece de verosimilitud intrínseca:

1.° Porque el agua no rechaza el cuerpo que recibe, ántes por el contrario, lo penetra y se deja penetrar por él insensiblemeute.

2.° Porque, áun dejándole caer al fondo del receptáculo que la encierra, no por eso queda ménos distinta en sus elementos.

3.° Porque el agua que permite á un cuerpo sumergirse más ó ménos, tendría más ó ménos simpatías por este cuerpo, lo atraería en parte y en parte lo rechazaría.

4.° Porque el cuerpo que desaloja un volúmen de agua igual á este mismo cuerpo hasta que se halla sumergido hasta su superficie superior, pero no más, no está más ni ménos en contacto con el agua que si se precipitase en el fondo y se depositase en él, y con mayor razon si debía sumergirse en el légamo y concluir por enterrarse en él.

5.° Porque sería necesario decir que un cuerpo que flota es simpático al agua en las partes que á éste tocan y repulsivo en las restantes; de suerte que un cubo ó un cilindro presentarían indiferentemente las mismas partes al agua y las mismas fuera, ó que las simpatías y antipatías de la ninfa que habita este agua serían tan variables como el viento.

Si estas razones son por todo extremo sencillas, si han debido herir á las inteligencias más obtusas, no es presumible que sea verdadera la explicacion de Ozanam; y no lo es, sobre todo, si se admite que la prueba haya sido imaginada con cierta buena fé, y que los que la han inventado hayan creido en la sabiduría, en el poder y en la justicia de sus divinidades.

Sólo acusándoles de poca fé se puede elogiar á los que han instituido las pruebas por el giro favorable de éstas. Es, en efecto, evidente que las pruebas se fundan en la hipó-

tesis de la intervencion de la justicia divina, ya para salvar la inocencia, ya para perder al culpable protegiendo á la sociedad; y decidir *á priori* que el curso ordinario de los sucesos será favorable á la inocencia, porque en la hipótesis contraria se desconfiaría de la intervencion de Dios, sería renegar del principio mismo que sirve de base á la prueba, ó formarse una singular idea de los atributos morales de Dios, de su justicia y de su bondad. Es harto evidente que las probabilidades en pró ó en contra de la inocencia no importan al asunto si interviene Dios, y si no interviene, la misma prueba es un medio vicioso de procedimiento.

Y este último caso es precisamente el verdadero. La prueba, no solamente era mala por el fin que se proponía, sino que era tambien muy á propósito para sembrar en los espíritus los gérmenes de la incredulidad y del ateismo: tan cierto es que la falta de prudencia en las cosas religiosas, las creencias irreflexivas y la fé sin la razon, léjos de ser útiles, son perjudiciales por todos conceptos; tan cierto es que son desconocidos los designios de la Providencia, y que el hombre, sin embargo de respetarlos, rogando y esperando, debe de seguir su propia ley, y ser para sí su providencia, pues para ello le ha dotado Dios de la razon.

Pero veamos los hechos, los cuales nos convencerán—así lo espero—del extravío del espíritu humano y de la manera cómo los que gobiernan á los hombres pretenden, ó corregir los malos efectos de una supersticion que no pueden ó no se atreven á destruir, ó á convertir esta debilidad en provecho de su poder. Los hechos hablarán tan alto que exigirán pocas explicaciones.

Entre los Quojas, los acusados de crímenes que no están bien probados, se someten á la prueba del *bellim*, mezcla de hierbas y de cortezas, preparada por el bellimo ó gran sacerdote, y se obliga al acusado á tener en sus manos esta mezcla. Si es culpable, los negros están persuadidos de que en su piel se producirá alguna quemadura, y de que no recibirá ningun mal en caso de ser inocente.

Algunas veces el bellimo hace beber un gran vaso, de un líquido compuesto por él mismo, con corteza de *neno* y de *quoni*; dos árboles que pasan por ser muy venenosos: los que tienen la conciencia limpia vomitan inmediatamente y se encuentran luego mejor, pero los culpables empiezan á

echar espuma por la boca, y entónces son considerados dignos de la muerte (1).

Entre los Yoloffs, si un hombre niega el crímen que se le imputa, se le aplica á la lengua un hierro candente, y es declarado culpable ó inocente, segun que se muestra más ó ménos sensible al fuego; pero no todos los acusados son condenados.

Para conocer la verdad de una acusacion, se mete tambien la serpiente llamada *naga* en un jarro de tierra profundo, en donde se echa un anillo, un sello ó una moneda, que el acusado debe retirar con la mano: si la serpiente le muerde, es declarado culpable, y en el caso contrario es considerado inocente (2).

En Loango, cuando la culpabilidad del acusado no aparece bastante clara, se le somete á las pruebas del veneno y del fuego, que dirigen los sacerdotes; y una de las pruebas más extravagantes consiste en hacerle tomar la infusion de una raíz llamada *imbondo*: esta bebida, ó hace evacuar y orinar, ú obra sobre el cerebro como un narcótico: el pueblo espera uno de estos dos efectos: el paciente que echa pronto la bebida por las vías urinarias ó de otro modo, es proclamado vencedor; pero el desgraciado que despues de un corto rato no puede echarla y es acometido de vértigos, pasa por culpable: «¡No orina!, exclama la muchedumbre, y al punto se arroja sobre él, le golpea y le mata (3).

En Guinea, si un marido tiene sospechas de su mujer, le presenta sal con cierto brebaje y le hace jurar en nombre del fetiche (*fetinos*) que es inocente: si es culpable, se considera que debe expiar con una muerte súbita su infidelidad y su perjurio, y de otro modo, es reputada inocente. Un marido que conservase á una mujer culpable, sería despreciado por todo el mundo; de aquí las frecuentes querellas y áun las muertes. El cómplice de la mujer debe pagar una multa al rey, y no se halla al abrigo de las persecuciones del marido hasta que abandona el país (4).

En otras poblaciones de negros de la Guinea, se purga á veces una acusacion tomando un licor llamado *enchion be-*

(1) *Colec. gener. de viaj.*, t. III, p. 604.
(2) Eusebio Salverte, *De las ciencias ocultas*, t. I, p. 349, 377.
(3) Zacchelli y Orlendorp, *Historia de la mision.*
(4) Lintscot, 6.ª parte, p. 11. Orlendor prefiere este género de prueba á prueba del agua de los Judíos.

nou, compuesto de los mismos simples y de los mismos ingredientes que los ídolos del país. Aunque este licor no tenga nada de nocivo en sí, los negros están convencidos de que por otras virtudes que ha recibido de los encatamientos de los sacerdotes, no se puede beber para sostener una mentira ó una impostura sin exponerse á las más horribles calamidades (1).

En el reino de Benin hay cinco maneras de justificar una acusacion:

1.ª El acusado es conducido ante el sacerdote que engrasa una pluma de gallo, y le atraviesa con ella la lengua: si la pluma penetra fácilmente, es una prueba de inocencia, y la herida se cierra con pocos auxilios; pero si se detiene en la lengua y encuentra dificultad el operador, es tan mal signo que no necesita el crímen de otra prueba.

2.ª El sacerdote toma un pedazo de tierra, que amasa en forma larga, y en el cual mete siete ó nueve plumas de gallo, que debe sacar sucesivamente la persona sospechosa: si salen sin dificultad, queda demostrada la inocencia; de lo contrario, queda probado el crímen.

3.ª Echando el jugo de ciertas yerbas en los ojos del acusado: si no siente ningun mal, se le deja libre; pero si los ojos se inflaman y se ponen inyectados, es declarado culpable y condenado á pagar la multa.

4.ª El sacerdote da tres veces en la lengua al acusado con un anillo de cobre calentado al fuego: si hay quemadura, se declara la inocencia, y si no la hay, queda probada la culpabilidad.

5.ª La siguiente manera de purgar una acusacion es sumamente rara, y sólo se emplea en los crímenes de primer órden y cuando el acusado pide justificarse por juramento. Se empieza por dirigirse al rey para obtener su permiso, y el preso es conducido luego á la ribera de un rio, á cuyas aguas se atribuyen la extraña propiedad de sostener á un inocente que se arroja á ellas, aunque nunca haya sabido nadar, y de arrojarle mansamente á la orilla; miéntras que por el contrario, sepultan en su seno al culpable, aunque sea un gran nadador. Al punto que es arrojado, dicen los ne-

(1) Barbot, *Descripcion de la Guinea*, p. 299. He hallado referido el mismo hecho de una manera algo distinta en un escritor más antiguo que Barbot.—V. Lintscot, 6.ª parte, p. 63.

gros, se agita el agua, envolviéndole en un remolino, y no quedan tranquilas hasta que se halla en el fondo (1).

Dice Lemaire que un negro acusado sin poder ser convicto, hállase obligado á lamer por tres veces un hierro candente; y si resiste á esta prueba, se le declara inocente. Añade Barbot, que es dispensado de este castigo, pero que entónces él y el acusador se hallan igualmente obligados á abandonar el país (2).

Este género de prueba se parece mucho á la cuarta que acabamos de ver; pero la declaracion de inocencia es irrisoria, puesto que concluye en el destierro; y tanto se desea encontrar un culpable, que no se fian de someter la cuestion ni aun al juicio del cielo. Es verdad que los pueblos salvajes creen muy facilmente en la hechicería, y que entónces áun la prueba de la inocencia puede ser sospechosa.

Los negros del Congo tienen una prueba solemne, á la que llaman *motamba*. Pónese al fuego un hacha, que retira candente al *gonga* ó sacerdote del ídolo, y aplica á la piel del acusado. Si la acusacion recae sobre dos personas, pone el hacha entre las piernas de ámbas sin tocar á ellas; si el calor del fuego no produce ninguna impresion, es una prueba de inocencia; pero por el contrario, una quemadura es un signo de la realidad del crimen (3).

Casi de la misma naturaleza es la prueba del *khilambo*. Se pasa por la pierna del acusado un hierro candente y el estado de la piel sirve para juzgar del crímen ó de la inocencia. La impostura de los sacerdotes consiste en este caso, segun Merolla, en algunas preparaciones propias para impedir la trasmision del calor, preparaciones que llevan ocultas en las manos, y con las cuales frotan hábilmente la pierna del acusado á quien quieren perdonar (4).

«En Madagascar, las pruebas se hacen por el fuego, por el agúa y por el tanguin: la del fuego consiste en pasar por la lengua del acusado un hierro candente, y si no resulta ninguna quemadura, es declarado inocente; la del agua es de la manera siguiente: se apoya al acusado en una gran piedra con la parte inferior del cuerpo en el agua, y á cada

---

(1) Nyendal, en Bosmann, p. 451.
(2) Barbot, p. 35.
(3) *Pilgrimage of* Purchass, t. IV, p. 766.
(4) Id.

lado se colocan dos hombres armados de azagayas: durante un cierto tiempo queda el acusado en esta posicion, y si una sola gota de la oleada que contra él se estrella le moja la parte superior del cuerpo, es evidentemente culpable, y al instante cae sobre él una lluvia de palos. Los Antagmur someten la decision al caiman: el acusado es conducido á la orilla del rio, desde donde apercibe al horrible caiman arrastrándose entre las cenagosas hierbas; entónces se arroja al rio y va á pasar por delante de los dientes del mónstruo, que le perdonará si es inocente. En fin, por el tanguin, que es la prueba más detestable cuando se piensa en el frecuente uso que de ella hacen los indígenas: para disipar la menor duda, se manda al Malgacho beber el tanguin. Este es un veneno muy violento, cuya composicion y orígen conoce únicamente el adivino, y él solo lo administra en la dósis que quiere. Así, como el acusado no sea de una robusta complexion ó merezca los favores del adivino, muere enmedio de las más horribles contorsiones, con lo cual queda satisfecha la justicia. Debemos añadir que, para colmo de iniquidad, el adivino comparte con los príncipes los bienes del culpable» (1).

En Egipto, si el acusado negaba, se consultaba á un oráculo, que decidia sin apelacion entre el acusado y los acusadores (2). Esta apelacion á los dioses ó á sus ministros fué en todo tiempo, y casi en todos los países, un medio adoptado para fallar sobre las acusaciones cuyo juicio era difícil ó incierto. El Egipto acudió tambien al tormento para arrancar la confesion á los acusados, y se empleó con éxito contra hombres acusados de haber robado el templo de un dios (3).

En la India, se hacía al acusado coger fuego con la mano, se le mandaba arrojarse al agua y tocar separadamente la cabeza de sus hijos y de su mujer: el que no se quemaba, el que no sobrenadaba ó aquél á quien no ocurría inmediatamente una desgracia en las personas tocadas, debía ser creido verídico en su juramento (4).

(1) M. A. Chauvot, *Libertad de pensar*, número del 15 de Octubre de 1848. La prueba del tanguin es explicada de una manera algo diferente por Malte-Brun, t. VII, p. 737, en vista de los manuscritos de M. Colin.

(2) Herod., II, 74.

(3) Lucien, *Toxaris ó De la amistad.*

(4) *Leyes de Manú*, VIII, 114-115.

En ninguna parte, dice Grimm, se halla más arraigado y más en uso que en la India el juicio de Dios (1). Segun W. Hastings, practicábanse allí nueve clases de pruebas: 1.ª, por el carro; 2.ª, por el fuego; 3.ª, por el agua sola; 4.ª, por el veneno; 5.ª, por el agua en donde se ha sumergido un ídolo; 6.ª, por el arroz *(judicium offæ)*; 7.ª, por el aceite hirviendo; 8.ª, por el hierro candente; 9.ª, por la estatua de plata ó de acero (2).

En la actualidad hay cuatro clases de pruebas: la del agua, la del fuego, la del peso y la del veneno. En la prueba por el agua, el acusado es sumergido con *cierta* piedra en el fondo de una corriente: si el hombre queda debajo del agua y la piedra sobrenada queda demostrada la culpabilidad; pero si por el contrario sobrenada el acusado y la piedra cae al fondo, queda probada la inocencia. En la prueba por el fuego se hace andar al acusado sobre planchas de hierro candente, que tambien debe coger en las dos manos, y áun aplicarlas á la lengua: si no se quema ninguna parte de su cuerpo, es declarado inocente, y reputado culpable en el caso contrario. En la prueba por el peso y por el veneno, es necesario igualmente un milagro ó alguna superchería para ser reconocido inocente (3). En el Indostan, se pone todavía al acusado en el platillo de una balanza: si es culpable, se considera que su crímen debe manifestarse en un mayor peso sobre el ya conocido de su cuerpo; lo que supone dos pesadas, de las cuales la segunda, comparada con la primera, es decisiva: si pesa ménos que ántes, es declarado inocente; pero si es más pesado, ó si se rompe la balanza, se le juzga culpable. Cuando hay equilibrio, es necesario repetir la prueba, y entónces, dice el libro sagrado, habrá ciertamente diferencia de peso. El hierro candente, el aceite y el agua hirviendo son tambien pruebas usadas en el Indostan, y de ellas y de sus diversos resultados han sido testigos los viajeros (4).

Una particularidad en las dos clases de pruebas prescritas por Manú, es que parece haber sido concebidas de manera que eligiendo una ú otra se debiera físicamente hallar un

(1) Grimm, p. 908 y sig.
(2) *Asiatic. researches*, t. I.
(3) *Exámen metódico de los hechos concernientes á la India*, traduccion del chino, por M. G. Pauthier, p. 127 y 128.
(4) Eusebio Salverte, *ob. cit.*, t. I, p. 171, 344, 345.

inocente ó un culpable. Así, es considerado verídico en su juramento el que no se quema al contacto de la llama, y el que no flota sobre las aguas. Toda pruéba, hemos dicho ya, es una pregunta dirigida á las leyes de la naturaleza; y si esta pregunta se formula de manera qne sólo por un milagro se pueda encontrar culpabilidad ó inocencia, córrese el riesgo de no hallar más que culpables ó inocentes, segun la naturaleza de la prueba. Una tercera clase podía ser más peligrosa ó más favorable: consideróbase verídico el juramento de aquel en cuya familia no acontecía en un tiempo dado ningun accidente.

En el Tibet, se hace de la siguiente manera la prueba del agua hirviendo: se echa al fondo de una caldera de agua hirviendo una piedra blanca y otra negra; las dos partes meten en ella el brazo á un mismo tiempo, y el que saca la piedra blanca gana el proceso (1).

Entre los árabes nómadas una cuchara de hierro sirve para el juicio, teniendo entendido que allí, como en casi todas partes, el que se quema carece por lo comun de razon (2).

Los Japoneses conocían las pruebas por el fuego y por el brebaje (3).

En Siam, la pregunta suplía á las pruebas; hay, sin embargo, la prueba por el fuego, por las píldoras y por los tigres (4).

Más de una razon hay para que los Judíos hayan debido tener la prueba judicial; y no debe extrañarnos por lo tanto encontrar allí las *Aguas* de envidia y la suerte como en la historia de Jonathas y de Jonas: tambien hallamos huellas de esta prueba en la historia de Coré, Dathan y Abiron, en la de Zaré y de Acan (5).

Si pasamos del Oriente al Occidente, encontramos la prueba en todas partes: tan inherente es al espítu humano, salvaje ó bárbaro todavía, y aún á ese mismo espíritu cuando ha llegado á un grado superior de civilizacion. Los Griegos tenían dos clases de juicios de Dios; el hierro

(1) V. Grimm, p. 908 y sig.
(2) Id.
(3) Id., p. 937, segun Kæmpfer, l. III, c. 5.
(4) Laloubere, *Descr. del viaje de Siam*, p. 246.
(5) V. Num. XVI, I Reg. XIV, 4; Jonas, I.

candente (μύδρος) y el paso á través de una hoguera (1). En Gregorio Acropolita se ve que la prueba por el hierro candente se hallaba todavía en uso en el Bajo-Imperio.

En Sicilia, el acusado juraba que era inocente, y el juramento se escribía en una tablilla y se arrojaba á un lago sagrado (*lacus Palicorumu*). Si las tablillas se sumergían, el acusado era culpable. Aquiles Tatíus habla de una fuente de este género en Efeso, la cual servía para juzgar los juramentos de amor (2).

Es muy de extrañar que los Romanos, tan exageradamente supersticiosos, no hayan admitido la prueba judicial. ¿Será esto una muestra de su buen sentido? No debemos creerlo así, puesto que admitían tantos absurdos religiosos; pero sí se nota de una parte que su religion era un gran medio político, y que aquellos que lo empleaban no eran más incautos que el mismo Numa; y por otra parte, que la idea de justicia se hallaba más desarrollada entre los Romanos que en ningun otro pueblo de la antigüedad, á pesar de la conducta injusta por lo comun de este pueblo ambicioso y conquistador, será quizá fácil comprender cómo los Romanos, dotados de un sentido superior y amantes de la justicia, que comprendían bien cuando el interés público no ahogaba el grito de su conciencia, no han adoptado una costumbre judicial absurda é injusta, principalmente cuando poseían una jurisprudencia y un procedimiento muy sabios, y cuando el pueblo, ya largo tiempo juez soberano en material criminal, sólo necesitaba su conciencia y sus pasiones para pronunciar sus juicios. Podía ser celoso de su libertad hasta el punto de rechazar la traba de las pruebas legales.

En algunas naciones de la Bélgica, en que el Rhin era objeto de un culto superticioso, existía una extravagante institucion: el rio probaba la fidelidad de las esposas. Cuando un marido, cuya mujer estaba de parto, tenía motivos para dudar de su paternidad, cogía al recien nacido, lo ponía sobre una tabla (otros dicen sobre un escudo) y le exponía á la corriente del rio. Si la tabla y su preciosa carga flotaban libremente, la prueba se consideraba favorable, desvanecíanse todas las sospechas y el Galo volvía al

(1) Sophocl., *Antig.*, 264.
(2) V. Grimm, p. 308 y sig.

hogar doméstico lleno de alegría y de confianza; pero si por el contrario la tabla comenzaba á hundirse, quedaba demostrada la ilegitimidad del niño, y el padre, despiadado entónces, dejaba sepultarse en las aguas á un sér cuya existencia le deshonraba (1).

Los Cermanos no tenían ménos clases de pruebas que los Indios: éstas eran: 1.ª, el duelo; 2.ª, el hierro candente; 3.ª, el agua hirviendo, 4.ª, el juramento; 5.ª, la eucaristía; 6.ª, el juicio de la cruz; 7.ª, la pieza probatoria y el queso maldito, y 8.ª la prueba de la sangre. Struvio (2), que refiere estas clases de pruebas, da sobre cada una de ellas algunos detalles. «El duelo, dice, fué prohibido con frecuencia, principalmente por Alejandro III en el concilio de Letran (1179), por Celestino III (1195), por Gregorio IX, en el concilo de Toledo (1472), por Sixto IV y por el concilio de Trento». En el capítulo siguiente veremos que las gentes de Iglesia parece haber tenido mucha ménos repugnancia á otros géneros de prueba, á la del hierro candente, por ejemplo, puesto que intervenían en ella con sus ruegos: haremos notar principalmente las siguientes palabras: «Ita si innocens hoc ignitum in manus acceperit, illæsus appareat». Debemos decir, sin embargo, que no sólo los emperadores, sino tambien los papas, Gregorio III, Esteban V, Honorio III y Alejandro IV han condenado este uso como superticioso; mas no por esto ha dejado de existir hasta el siglo XIV. El juicio por el agua fría ó por el agua caliente, aunque proscrito por Luis el Benigno, por los papas Gregorio III y Esteban V y por el emperador Federico II, se conservó en Transilvania hasta el siglo XVIII. El juramento purgatorio, que tambien se llamaba purgacion canónica, tenía igualmente sus ritos y sus fórmnlas, y había ademas juramentos accesorios para los parientes y amigos. Los que así juraban, llamábanse *juratores, sacramentales, compurgatores y conjuratores,* y eran ordinariamente en número de doce. El juicio por la eucaristía se hallaba principalmente en uso entre los clérigos, y consistía en la comunion acompañada de esta imprecacion: *Corpus Domini*

(1) Julian., *Epist. XV, ad Maxim., phil.;*—Idem, *Orat. II,* in *Constant.. imper.—Anthol. gr.,* l. 1, c. 43, ép. 1, apud Amed. Thierry, *Historia de los Galos.*

(2) *Histor. jures civiles,* c. IX, p. 738-769.

sit mihi hodie in probationem, porque se creía que en caso de culpabilidad el uso de la eucaristía iría seguido de un gran mal (1). El juicio de la cruz, usado particularmente entre los Francos, los Sajones, los Lombardos y los Frisones, consistía primero en el juramento purgatorio, despues del cual el acusado era conducido á la iglesia, en donde se partía una vara en dos pedazos, en uno de los cuales se hacía una cruz; se les envolvía á los dos separadamente en lana, de manera que no pudiera distinguírseles; se les colocaba sobre las reliquias del altar, y despues de haber rogado á Dios que hiciera conocer si el juramento era verdadero ó falso, el sacerdote ó un niño cogía uno de los dos fragmentos: si tomaba el que representaba la cruz, se declaraba inocente al acusado, y si el otro, era considerado culpable. Había otro juicio de la cruz, que consistía en poner los brazos en cruz miéntras que se recitaba el Evangelio ó cualquiera otra oracion: los que podían estar en esta posicion durante toda la lectura ó toda la oracion, eran considerados inocentes, y culpables los que se veían obligados á bajar los brazos. Luis el Piadoso condenó el juicio de la cruz en su doble forma. La cebada probatoria, *offa judicialis*, era llamada *el pan de cebada* por los Francos y *corned* ó pan maldito por los Sajones; y era en efecto maldito por las palabras sacramentales que recitaba el sacerdote ántes de presentarlo al acusado: el sacerdote maldecía asímismo un pedazo de queso que debía comer aquél, creyéndose que moriría si era culpable: si el acusado comía sin dificultad y sin inconveniente, la presuncion érale favorable, y quedaba reconocida su inocencia; si lo tragaba con dificultad, lo deponía ó le sobrevenían accidentes más graves, era evidentemente culpable.

La prueba de la sangre consistía en hacer que el presunto asesino se acercase al cadáver, habiendo la persuasion de que éste debía arrojar sangre á la aproximacion del culpable.

Todas estas pruebas son dignas de los tiempos de ignorancia, y varían segun las imaginaciones. Por mi parte, estimo tanto el duelo de los Cossyah como el de los Germanos y sus descendientes. En caso de incertidumbre sobre la le-

(1) Esta es otra forma que el juicio del *offa* y del *caseus*, de que hablaremos en su lugar.

gitimidad de la posesion de un objeto, el poseedor y el que reclamaba la cosa como suya, acompañados de sus amigos y parientes, vestidos todos con sus mejores trajes, se dirigían á las márgenes de un rio dando gritos y danzando. Cada uno llegaba por un lado opuesto, y cuando estaban en la orilla se arrojaban los dos ganando el litigio el que estuviese más tiempo debajo del agua: á veces los amigos del vencedor tenían que sacarle del agua, habiéndose visto á algunos que se dejaban ahogar aunque el rio no tuviese más que dos piés de profundidad (1).

Sábese cuán aficionados eran en la Edad Media al procedimiento de las pruebas: «Estas maneras de juzgar, dice el abate Fleury, se consideraban tan legítimas que eran llamadas *juicios de Dios.* Tambien se empleaban ceremonias eclesiásticas cuyas formas se ven todavía con los exorcismos del agua y del fuego y las oraciones de las misas que se decían con esta intencion» (2).

Los Francos recurrían principalmente á la prueba del agua hirviendo, pero sólo á falta de otras (3). Admitían primero los testigos y los conjuradores, y si no se presentaban, como no había en aquel pueblo bastante sentido para atenerse al *non liquet* de los Romanos, ó bastantes recursos de inteligencia para aventurarse en la induccion y en las probabilidades, se acudía al milagro, haciendo la fé las veces del razonamiento. Por desgracia se engañaban al esperar en Dios, puesto que dejaba hacer: se tenía á bien interrogarle por el agua caliente ó fria, por el hierro candente (4), por la cruz (5), por el pan y el queso, por el ataud (6), por el

---

(1) *Bellezas de los viajes*, por De Chantal, t. II, p. 332-333.

(2) *Historia del derecho francés*, § IX.—Pueden consultarse sobre este curioso documento: Ducange, *Pargatio vulgaris*, *Judicium Dei;* Moreri, *Pruebas;* Danty, *De la prueba testimonial*; M. Michelet, *Orígenes del derecho francés*, p. 339, 350; Boucher de Argis, *Notas sobre la inst. al derecho eclesiast.*. de Fleury, t. II, p 158 y sig.; Legendre, *Tratado de la opinion*, t. VI, p. 118. V. tambien Canciani, *Leg. barb.;* Sandifort (P.-E.). *De judiciis diss.*, Lugd. Bat., 1810.

(3) Pardessus, *Ley sálica*; *Rev. extranj. y franc. de leg.*, t. I, p. 883.

(4) Era de muchas clases: tener la mano desnuda durante cierto tiempo en un brasero, pasar en camisa por encima de una hoguera, hallándose á veces untada de cera la camisa, manejar un hierro candente, etc.

(5) Probablemente las dos partes sufrían la de la segunda clase, pues de otro modo podría haber sido contradictoria.

(6) Esta prueba era igualmente conocida en Francia, en Inglaterra y

duelo, etc., y no respondía sino cuando se permanecía fiel á sus leyes, pero la superstición tomaba á veces por confesion su silencio (1).

Segun Grimm, el juicio de Dios es de orígen pagano; pero podría decirse con más verdad que es de orígen humano y contemporáneo de la superticion que es de todos los tiempos, de todos los países y de todas las religiones, aunque en grados diversos. Mientras más intervencion se cree que tiene la Divinidad en los acontecimientos humanos, más natural es admitir la prueba; por esto la encontramos en todas las teocracias, y los Judíos la empleaban en ciertos casos, por ejemplo, para asegurarse de si el lazo conyugal se había roto ó no por el adulterio.

Pero puede decirse, y este es todo el pensamiento de Grimm, que las pruebas eran conocidas por los pueblos germanos ántes de su conversion al cristianismo, y que esta religion no hizo más que consagrar su uso dándoles sus propios caracteres. Sin embargo, algunos obispos trataron de extirparlas. Agobardo, obispo de Lyon (813-840), escribió dos libros contra el juicio de Dios, que llegó á ser muy raro entre los Germanos. El duelo, que es una forma de él, y probablemente la más antigua en un pueblo aún más valeroso que superticioso, era el gran medio de terminar este asunto.

Ya en las leyes más antiguas hállase limitado á los esclavos el juicio de Dios, justificándose por medio de juramento los hombres libres. La ley sálica, sin embargo, sólo dispensa de él á los nobles y no á los simples ingénuos.

Los hombres que no encontraban conjuradores, las mujeres que no hallaban campeones, así como muchos pretendidos hechiceros, sufrían la prueba del agua (2).

En Didynotheca (ciudad de Tracia), hacia el año 1430 de nuestra era, una mujer recibió de su marido la órden de probar su inocencia, sufriendo la prueba del hierro can-

---

en Rusia. V. los *Nibelungen*, 984-986; Legrand de Aussy, *Fabl.*, III 407, 408, y Shakespeare, *King Richard*, III, act. I, s. 2.

(1) Ciertos países tenían su juicio de Dios particular. En Mandeure, era un palo, sobre el que era menester pasar, y no había ejemplo de que un culpable se hubiera atrevido á ello; quedaba solo y acusaba su crímen; Mumpelgard. *Geog. Ef.*, t. XLXI, 1815, p. 375, 376. V. Grimm, p. 908.

(2) Grimm, *ibid.*

dente. Las sospechas del marido eran fundadas, puesto que la mujer confesó su falta al obispo de la ciudad, quien, sin embargo, le aconsejó que se sometiera á la prueba. Sometióse, en efecto, y dió tres veces la vuelta á una silla, llevando la barra de hierro sin quemarse, hasta que despues, por mandato de su marido, la puso sobre la silla que al punto se quemó. El marido no dudó ya de la fidelidad de su mujer (1).

Los Eslavos, dice Grimm, conocían la prueba del fuego, de lo cual se encuentran ejemplos hasta en el año 1248 (2).

Vamos á ver que tambien conocían otras pruebas, y que las conservaron por lo ménos hasta el siglo XVI. Macieiowski nos enseña en efecto, que entre todos los Eslavos los juicios de Dios teínan lugar por el duelo, por el agua y por el hierro candente, cuya supersticion pasó primero á los Polacos, hácia mediados del siglo XIII; despues á los Bohemios, y se arraigó particularmente en Servia, en donde todavía dura, así como en Bulgaría y entre los otros Eslavos de los montes Carpatos. En el derecho polaco y masoviano no existe ya el juicio de Dios desde el siglo XIV; pero la nobleza de Pomerania lo conservó durante mucho más tiempo (3).

Los juicios por el agua tenían lugar en Bohemia de la manera siguiente: si los testigos de las dos partes no probaban nada, ó se hallaban todos de acuerdo, el acusador debía recorrer á nado tres veces seguidas una determinada extension de agua: el acusado nadaba á su vez á distancia, considerándose culpable aquel que se ahogaba; y si el acusado recorría tres veces la distancia exigida, quedaba plenamente disculpado. Esta clase de prueba tenía lugar para los robos, los hurtos y otros daños causados á la propiedad. En Moravia, la prueba del hierro candente servía para disipar las dudas en semejantes casos (4).

Los juicios de Dios datan de un tiempo inmemorial entre los Lituanios, pero han llegado á ser cada vez más raros. En Polonia se recurrió con frecuencia á la prueba del agua fria contra un acusado, lo cual era más bien una costumbre

---

(1) Eus. Salv, *ob. cit.*, t. I, p. 346.
(2) *Ob. cit.*
(3) *Id. Ibid.*, t. II, p. 176, 177.
(4) Maciciowski, t. II, p. 179, 180.

que la obra de una legislacion positiva, porque ninguna ley nacional habla de las pruebas.

Rusia conservó la costumbre de los juicios de Dios hasta la época del czar Fedor Jwanowitsoh.

En Dinamarca, en el siglo XI y XII, la prueba del hierro candente, el *jernbyrd* (literalmente, acto de llevar el hierro) ó *jarn*, era de tres clases:

a) El *Truqsjern* (*Trug.*, alem. *Trog.*, tronco, dornajo), llamado así porque el acusado debía, á una distancia de doce pasos, lanzar en un dornajo el hierro ardiendo: si no lo conseguía, lo lanzaba de nuevo, y si sus manos quedaban ilesas, estaba probada su inocencia. Esta clase de prueba era usada principalmente en las causas de robo; pero el demandante debía ántes asegurar su demanda á la justicia por medio de juramento.

b) El *Skudsjern* (lanzar el hierro). El acusado llevaba el hierro candente á la distancia de nueve pasos, y lo lanzaba luego léjos de sí: si lo arrojaba muy cerca ó si se quemaba la mano era culpable. Esta prueba se usaba en las causas de impudicia, y el querellante debía ir asistido de dos testigos.

c) El *Shra*. El acusado debía marchar sobre doce rejas de arado ardiendo: prueba usada en las causas de muerte (1).

La prueba por el fuego era conocida en Irlanda (2).

Inglaterra conoció igualmente las ordalias *(ordel)*, á las cuales se recurría, segun la costumbre germánica, cuando no se podía reunir el número exigido de conjuradores.

Las dos pruebas más comunes entre los Anglo-Sajones eran el agua hirviendo y el hierro candente. Otras dos pruebas de orígen cristiano eran el *pan consagrado* (*corsnœd*) y la *cruz*.

Las mismas disposiciones había aquí respecto al *incredibilis* que para el juramento: en la prueba simple, el hierro candente pesaba una libra, y para la prueba triple pesaba tres. En la prueba del agua, la prueba simple sólo consistía meter la mano en la caldera, y el *incredibilis* debía meter el brazo hasta el hombro. Antes de sufrir la prueba, el acu-

(1) Kolder., § 74, p. 143.
(2) Grimm, *ibid*.

sado juraba algunas veces con conjuradores, á cuyo juramento se llamaba *forath* (1).

En 1065, los monjes angevinos presentaron por testigo en un proceso á un anciano que sufrió la prueba del agua hirviendo sin experimentar el menor mal (2).

En Bretaña, un collar de hierro, llamado de San José, servía para la prueba de la verdad de los juramentos, y extrangulaba infaliblemente al hombre culpable y perjuro (3).

En Austria, una jóven justificaba su pureza apagando de un soplo un cirio y encendiéndole de la misma manera. La misma creencia había en España: *Matar un candil con un soplo y encenderlo con otro* (4).

---

(1) Philipps, p. 270, 276, 277.
(2) Eus. Salv., t. I, p. 347.
(3) Cambry, *Viaje al departamento de Finisterre*, t. I, p. 173.
(4) V. Grimm.

CAPITULO XII.

DEL DUELO JUDICIAL.

SUMARIO.

1. Abusos de la prueba y del juramento purgatorio.—2. Remedio buscado en el combate judicial.—Ley de Gondebaud.—3. Quién podía ser retado á combate.—4. El duelo judicial no era tampoco más que una especie de prueba.—5. Ventajas del duelo sobre la prueba y el juramento.—6. Por qué no fué admitido por la ley sálica.—7. Qué fué en el fondo sino un modo de procedimiento más antiguo que la prueba y el juramento.—8. Necesidad de reglamentar el duelo.—9. Reflexiones de Mably.—10. Duelo judicial rechazado por la ley lombarda.—11. Duelo sostenido entre las gentes de espada, y consagrado y áun practicado por las gentes de Iglesia.—12. Cómo se justificaban sus resultados más propios para desacreditarle.—13. San Luis lo prohibió en sus dominios, ó lo restringió al ménos.—Disposicion del Tribunal de Jerusalen.—14. No podía tener lugar en el reino sin la autorizacion del rey.—15. Fué abolido en Dinamarca, en donde se reemplazó por la prueba y el juramento.—Reflexíon de Montesquieu.—16. Añadíase en Inglaterra, desde la conquista de los Normandos, á las pruebas del agua hirviendo y del hierro candente.—17. El duelo judicial en Rusia, en Hungría, en Bohemia y en Polonia.

A las pruebas que formaban uno de los elementos de conviccion de los jueces, y al juramento que tan importante papel había desempeñado en el procedimiento criminal de los tiempos anteriores, sucedió una forma judicial tan incierta por lo ménos, pero más en armonía con el espíritu guerrero y caballeresco del feudalismo: tal fué el duelo judicial. En vano se había rodeado el juramento de todas las precauciones propias para contener al testigo ó á la parte en el respeto á la verdad; en vano se había exigido que se prestase sobre el Evangelio, sobre el altar, sobre las reliquias de los santos ó en ayunas sobre la hóstia; en vano se declaró al perjuro incapaz de atestiguar en lo sucesivo en justicia y fué condenado á perder la mano derecha: hallábanse hombres siempre dispuestos á ser perjuros (1) por

(1) V. *Ley de los Burguiñones*, tít. VIII, § 1 y 2, y tít. XLV. Véase tambien la *Ley de los Turingios*, tít. I, § 31; VII, § 6, VIII;—*Ley de*

el más pequeño provecho, por la alimentacion de un solo dia. Y lo que había de más anómalo en esto, era que se podía hacer jurar por sí sin ser civilmente responsable de la pena reservada al perjuro.

El duelo judicial se presentó, pues, como una especie de prueba subsidiaria que ofrecía más garantías á una conciencia recta y segura, y que se prestaba ménos á la cobardía, á la injusticia y á la mentira. Este era, por otra parte, un medio de sustraerse á la jurisdiccion clerical, cuya ambicion había llegado á ser sospechosa, y que frecuentemente no hacía más que encubrir el perjurio con formas respetables, sin poder castigarlo.

El duelo no tenía lugar entre las partes solamente, sino que podía alcanzar tambien á los testigos y áun á los mismos jueces, lo cual era una manera de perseguir al testigo falso, de vengarse del verídico, como tambien de apelar de una sentencia que se consideraba injusta. Téngase presente que este género de procedimiento fué, no obstante su carácter bárbaro, sometido á ciertas reglas, lo que hace decir á Montesquieu que los hombres ponen la razon hasta en la sin razon.

A pesar de todas estas precauciones, el duelo no era más que una especie de prueba en que la parte de suerte era mayor que la de fé, miéntras que en la prueba estas dos partes eran iguales para los interesados que las sufrían con plena conviccion. Sin embargo, los azares son rara vez idénticos en el duelo ni áun para los duelistas de profesion. Así, no es aquí principalmente donde estaba el azar, puesto que de los dos campeones que debían batirse, uno llevaba al campo disposiciones que le aseguraban la ventaja y al otro la desventaja; pero el azar estaba esencialmente en la relacion de las probabilidades más favorables al buen derecho, en lo cual no podía establecer la ley ninguna armonía, recobrando, por lo tanto, el azar de una parte lo que parecía perder de otra.

En el fondo el duelo era una lotería, que tenía, sin embargo, sobre la prueba la ventaja de que el acusado injustamente podía encontrar en él su salvacion, miéntras que de-

---

los Alemanes, LXXXIX;—*de los Bávaros,* VIII, cap. II, § 6; cap. III, § 1 tít. IX, cap. IV, § 4;—*de los Frisones*, tít. II, § 3; XIV, § 4;—*de los Lombardos*, lib. I, tít. XXXI, § 3; tít. XXXV, § 2. (Montesq.)

bía necesariamente sucumbir en una prueba negativa sincera. Concíbese, pues, que el duelo haya reemplazado á la prueba, y se concibe tambien en el sistema del juramento purgatorio ó de los conjuradores: un querellante, seguro de su derecho como de su valor, pero poco confiado en la probidad de su adversario, de sus parientes y de sus clientes, debía preferir el combate al juramento personal ó colectivo de su adversario y de sus amigos.

Era, pues, natural que buscasen en el duelo un medio de corregir estos abusos la ley de los Ripuarios y las de casi todos los otros pueblos bárbaros que admitían las pruebas negativas. ¿Pero puede decirse con Montesquieu que el duelo no entró en la ley sálica porque ésta no admitía las pruebas negativas? (1) ¿Qué es sino una prueba negativa la del agua hirviendo? Y Montesquieu reconoce (2) que esta prueba se hallaba consignada en la ley sálica, aunque dicha ley tolerase comprar la mano del acusado, si el acusador consentía en ello, y si quería mediante cierta suma fijada por la misma ley contentarse con la declaracion de algunos testigos que afirmaran por juramento la inocencia del acusado. Esta declaracion era por sí misma, segun confiesa Montesquieu, una prueba negativa.

Nos parece más razonable decir que la insuficiencia, la incertidumbre del combate judicial no había afectado ménos al autor ó autores de la ley sálica que la incertidumbre de las pruebas mismas.

El duelo es, en efecto, un instinto antisocial y salvaje, y aunque se haya procurado reglamentarlo y hacer de él una institucion, queda en el fondo lo que es esencialmente, un procedimiento brutal, una cuestion de habilidad, de agilidad ó de fuerza. Este medio de ventilar una cuestion, ha sido sin disputa el primero empleado: á él recurren los niños abandonados á sí mismos, los hombres que no viven bajo una autoridad comun, y las naciones mismas cuando tienen que resolver alguna querella: es el *duellum* ó *bellum* de los pueblos como de los indivíduos que se hallan reducidos á hacerse por sí justicia. Más extraño es que este medio haya sido tolerado y áun prescrito por el poder público desempeñando las funciones de juez: este género de pro-

(1) *Espíritu de las leyes*, XXVIII, cap. 14.
(2) Id., cap. 16.

cedimiento explícase por la impotencia de hacerlo mejor y por los antiguos usos anteriores á la organizacion social (1), fuertemento arraigados en las costumbres en armonía con otros prejuicios.

Por lo mismo que el duelo no era solamente una manera de decidir un asunto entre las partes, sino tambien un modo de confundir á un testigo y de casar una sentencia que se consideraba injusta, lo que se llamaba *acusar de falsedad un juicio*, un querellante ó un acusado podía tener contra sí á la parte contraria, á los testigos de esta parte y al tribunal entero. Esto era evidentemente demasiado para que le quedase la más ligera esperanza de salvacion. Así se había concluido por arreglar las cosas de tal manera que el combate fuese posible con una aparente igualdad de condiciones. Puede verse en Montesquieu todo lo que hubo de ingeniosamente justo en estos reglamentos (2): podía suceder, sin embargo, que un apelante tuviera muchos adversarios con quienes combatir en un mismo dia, á todo un tribunal, por ejemplo. Mably se pregunta, en esta ocasion, cuando sucedía que un querellante despues de haber vencido á dos ó tres de sus jueces, por qué extraños razonamientos se justificaba la Providencia divina, que había permitido que la injusticia y la mentira triunfasen dos ó tres veces de la justicia y de la verdad: la absurda fé de nuestros padres, añade, debía verse muy apurada (3). La fé no lo está nunca cuando es absurda.

Pero la ley lombarda en particular, despues de haber admitido el combate judicial, se persuadió de que éste no valía más que el juramento para decidir una cuestion; le

(1) El duelo judicial tiene más remoto orígen que se piensa generalmente, siendo una transformacion muy trasparente aún del instinto animal en el hombre, como lo hemos visto ya y lo veremos todavía en algunos pueblos salvajes. El simulacro de combate que formaba parte del antiguo procedimiento romano, no era más que una reminiscencia de él; y en España se hallaba establecido mucho ántes del cristianismo, como lo prueba este pasaje de Tito-Livio: «Quidam quas disputando controversias finire nequierant aut noluerant, pacto inter se, ut victorem res sequeretur, ferro decreverunt. Quum verbis disceptare Scipio vellet, ac sedare iras, negatum id ambo dicere communibus cognatis: nec alium deorum hominumve quam Martem se judicem habituros esse.» (L. XXVIII, § 21).

(2) *Espíritu de las leyes*, XXVIII, cap. 24-27.

(3) *Observ. sobre la Hist. de Francia*, t. II, p. 402-404, edic. de Kehl, 1788.

declaró impío y sólo por necesidad lo consintió: «Si el acusado de envenenamiento ó su campeon reciben una herida, no queremos que pierda todos sus bienes, como sucedía ántes; pero mandamos que haga un acomodamiento segun la calidad de las personas, porque estamos inciertos del juicio de Dios, y sabemos que muchas personas sucumben en la defensa de una buena causa. Mas en virtud de la costumbre de nuestra nacion de los Lombardos no podemos derogar esta ley impía» (1).

Los guerreros y los señores debían ser partidarios del duelo judicial ó parecerlo al ménos: el clero, por el contrario, debía mostrarse opuesto á él por carácter, por principios y áun por interés. Así, cuando la autoridad judicial pasó de los señores á los obispos, el testimonio sustituyó al combate; pero el clero hizo con el duelo judicial lo que había hecho con el juicio, con el juramento, etc.: intervino en él, lo adoptó y creyó sin duda haber desterrado sus abusos consagrándole; y aún concluyó por inficionarse de tal manera por el espíritu de los tiempos, que empleaba en su jurisdiccion el combate singular (2). Es verdad que hacía entrar el exorcismo y las bendiciones en los preparativos del combate, como otras veces en la prueba.

Si no podía ménos de admitirse que el culpable fuera algunas veces vencedor, se imaginaba para salvar el honor

---

(1) Lib. I, tit. *De Monomachiis.*

(2) El autor del *Franc-aleu* es bien terminante en este punto: «El ser conducidos los vasallos á la guerra por los eclesiásticos, frecuentemente arrastrados á los combates, relajó de tal manera las costumbres, que se llevó la sangre hasta las jurisdicciones y justicias eclesiásticas, lugares de moderacion y de paz. El duelo introducido para la decision de las causas oscuras, y llamado *Campus*, *Judicium Dei*, *Bellum*, *Duellum*, *Monomachia*, fué admitido en dichas jurisdicciones. Fué con frecuencia condenado por las constituciones de la Iglesia en Ives, obispo de Chartres, en la epístola 280.» (*Del Franc-aleu*, etc., en 4.°, 1637, página 261 y siguientes). Los siervos de los eclesiásticos fueron declarados capaces de celebrar duelos por una concesion de San Luis en favor de los siervos de la abadía de San Mauro de Fosses, 1118. Otras concesiones semejantes se hicieron á los siervos de las iglesias de Paris y de Saint-Denis (id., p. 265).—Una bula de Inocencio, dada en Lyon el 2 de Noviembre prohibió estos duelos (id., p. 265).—«No solamente los eclesiásticos admitían el duelo en sus justicias, sino que se sometían á él en las convenciones de que eran objeto por parte de las jurisdicciones reales» (id., p. 265). En prueba de ello cita el autor un título latino de la abadía de Saint-Germain des Pres. Le Nain de Tillemont, en su *Vida de San Luis*, ha recogido muchos casos de duelos ordenados ó permitidos por las gentes de Iglesia.

de la Providencia que ésta había derogado por una ley particular á su general sabiduría, con el fin de castigar á un campeon que tenía la impiedad de confiar más en sus solas fuerzas que en la proteccion y el auxilio de la Vírgen y de San Jorge; y se creía que Dios aprovechaba esta ocasion para castigar algun antiguo y oculto pecado del vencido (1).

En tal ceguera es invencible el error y nada puede contra él el razonamiento: sólo una intuicion directa, desarrollada como un sentido nuevo por los progresos de la civilizacion, puede reconocerlo inmediatamente y corregirlo.

San Luis prohibió en 1200 los lances de guerra en sus dominios y los sustituyó con la prueba por testigos ó por títulos, comenzando así una de las más saludables reformas, que debía ser acabada por Felipe el Hermoso (2).

Sin embargo, dícese en los Establecimientos que la justicia puede ordenar la prueba del duelo si hay acusacion de muerte. Si el acusador ó el acusado tienen cuarenta años, podrán poner en su lugar un campeon. El vencido será colgado (3).

Esta disposicion parece tomada en muchos puntos de los Assises de Jerusalen, en donde se dice (4) que «los jueces y el vizconde precederán á las partes en el campo de batalla: el vengador del muerto jurará sobre los Evangelios que la persona á quien ha retado es el verdadero matador, y éste jurará asímismo que no lo es, despues de lo cual comenzará el combate segun las reglas establecidas, siendo colgado inmediatamente vivo ó muerto el vencido.»

Era, sin embargo, bastante haber reducido el combate judicial á un mero procedimiento excepcional. Desde San Luis hasta el siglo XIV, las condiciones del duelo debían acordarse por los tribunales, y sólo lo eran en los casos siguientes: 1.°, cuando la causa era capital; 2.°, cuando el hecho estaba bien probado; 3.°, cuando sobre el acusado recaían vehementes sospechas y estaba notoriamente difamado; 4.°, cuando no se podía probar la acusacion por medio de testigos (5).

---

(1) Mably, *Observ. sobre la Hist. de Francia,* III, 3.
(2) *Establecimientos*, cap. II.
(3) Id., I, 27.
(4) Cap. 238.
(5) Nota de M. Foucher en su edicion de los *Assises de Jerusalem,* t. I, 2.ª parte, p. 325-326.

Una ordenanza de 1307 (1.° de Mayo), concede solamente al tribunal del rey la facultad de ordenar el combate judicial (1); y en la *Coleccion de las Ordenanzas* recuérdase que se concedieron dos autorizaciones de este género.

En Dinamarca, los duelos tenían lugar ordinariamente en público en las asambleas judiciales que eran presididas por un notable ó por el rey, en las cuales se juzgaban, ó más bien se arreglaban todos los asuntos. Cuando no bastaban los medios de conciliacion, se terminaban las diferencias por la guerra privada; cuando bastaban, pagaba el acusado la multa ó se veía obligado á expatriarse, ó si no abandonaba la localidad debía justificarse por medio de las pruebas á la sazon en uso, tales como el combate singular, la prueba por el hierro candente ó por el juramento.

El combate singular fué abolido en Dinamarca en el siglo X, en la época en que se introdujo la prueba del hierro candente. Asi lo dice Saxo (2).

Hé aquí el duelo reemplazado por la prueba, miéntras que en otras partes lo hemos visto preceder á ella, lo cual prueba, como dice Montesquieu, «que no se sabía lo que hacer: la prueba negativa por el juramento (y necesario es añadir tambien por la prueba judicial) tenía sus inconvenientes, de que no carecía tampoco la del combate, y se cambiaba frecuentemente, segun que impresionaban más unas ú otras» (3). Y siempre se observaban más los defectos de las instituciones existentes que los de las instituciones posibles.

En Inglaterra, las pruebas del agua hirviendo y del hierro candente continuaron en vigor despues del año 1066 con tanto más motivo cuanto que ya estaban en uso entre los Normandos: de ellas se hace mencion en las leyes de Guillermo el Bastardo, y estas leyes se refieren á las costum-

(1) Recuérdase con este motivo, en la *Coleccion de las Ordenanzas*, que en 1118 se concedió á los siervos de la abadía de San Mauro una autorizacion análoga, y en 1128 otra á los de la iglesia de Chartres. La primera ha sido citada por el autor del *Franc-aleu*, pero no hace mencion de la segunda.

(2) Kolderup, tercer período: «Quo evenit ut Dani, abrogata duellorum consuetudine, pleraque causarum judicia eo experimenti genere constatura decernerent; controversarium examen rectius ad arbitrium divinum quam ad humanam rixam ablegandum putantes.» (L. X, página 189).

(3) *Espíritu de las leyes*, XXVIII, 18.

bres normandas respecto á los conjuradores. Pero los Normandos llevaron consigo el duelo judicial, del cual no encontramos ninguna huella en Inglaterra ántes de 1066: de dicho combate se ocupa ya una ley de Guillermo el Bastardo (1).

En Rusia, desde el czar Fedor Iwanowitsch, se decidían por el duelo los negocios civiles y criminales, principalmente estos últimos; pero el príncipe Ivan Wassilewitsch prohibió el duelo entre los Rusos y los extranjeros, porque los nacionales, ménos hábiles que sus adversarios en el manejo de las armas, sucumbían ordinariamente. El testigo de un duelo no se hallaba obligado á batirse, y no podían ser testigos los extranjeros, por temor de que tuviesen algunos medios mágicos para favorecer á uno de los combatientes.

El duelo judicial era admitido entre los Húngaros, principalmente cuando las partes se habían ofendido en secreto ó sin testigos (2).

En Bohemia, los calumniadores querían con frecuencia convencer por el duelo al acusado de que habían tenido razon contra él; pero el conde estaba encargado de oponerse á ello. Si á pesar de su prohibicion tenía lugar el duelo y era vencido el calumniado, el calumniador era perseguído judicialmente y debía justificarse. Esta fué una primera limitacion al duelo judicial, que no alcanzó mucho más favor en Polonia, al ménos desde Segismundo I, puesto que sólo lo permitió una vez para decidir una cuestion de derecho (3).

---

(1) Philipps, p. 280.—Independientemente de los autores citados, véase sobre el asunto á Loisel, *Inst. cout.*, t. II, p. 314-350, edic. 1783.
(2) Macieiowski, IV, p. 357-359.
(3) Id., IV, p. 355 357.

LIBRO CUARTO.

DEBATES JUDICIALES: SU PUBLICIDAD

DEFENSA.—JUICIO.—EJECUCION.

CAPITULO PRIMERO.

DEBATES.

SUMARIO.

1. Por qué de los debates públicos.—2. Vista: personajes que e ella intervienen.—3. Acusacion, defensa.—Dificultades de la elocuencia en los tribunales, principalmente con un jurado popular.—4. Muchas de estas formas han sido poco practicadas entre los salvajes y los bárbaros.—Debates judiciales en el reino de Sogno.—5. Debates judiciales entre los Judíos; entre los Cretenses; entre los Atenienses; entre los bárbaros de la Edad Media.—6. Juicios secretos en Venecia.—7. Tribunales secretos en Alemania.—El Santo-Véhmico.—8. Procedimiento austriaco para los delitos políticos.—Procedimiento turco.

Supongamos, pues, que se han reunido todas las pruebas posibles y que la causa está perfectamente instruida: sólo se tratará ya, en los pueblos libres y civilizados, de iniciar al público en la obra de la justicia, de hacerle intervenir en ella por la publicidad de los debates, y lo que vale más, de hacerle juez del hecho.

Para que el drama judicial marche regularmente y nada falte á su completa ejecucion, debe ser dirigido por una persona habituada á los debates de esta naturaleza y que conozca todas sus reglas é incidentes: este es el oficio de la magistratura oficial. Necesítase, ademas, un acusador oficial ó público que lleve la palabra en nombre de la justicia social ó privada, ya sea este acusador un sólo personaje,

ya se divida en acusador propiamente dicho y querellante ó parte civil.

Un acusador supone un acusado; pero frecuentemente el acusado sería incapaz de hacer valer las razones que le justifican ó le acusan, y de aquí la necesidad de un representante, de un consejo y de un defensor que supla su insuficiencia (1): necesítase, por último, un juez que conozca del hecho y del derecho á la vez, ó dos jueces que conozcan el uno del hecho y el otro del derecho. Ya hemos hablado de la utilidad de la division de las atribuciones judiciales en materia criminal. Dispuestos todos los resortes del drama judicial y enfrente ya los personajes, sólo faltan los espectadores que son tanto más necesarios cuanto que los debates se abren para satisfacer á la opinion pública, para edificarla é instruirla: de otra suerte, las garantías exigidas por la justicia tal como la entienden el pueblo y el país, encuéntranse ya en la creacion del jurado.

Pero va á presentarse una nueva dificultad: ¿El ataque no será mayor que la defensa ó la defensa mayor que el ataque? ¿Es necesario, por otra parte, comenzar por el ataque, continuar por la defensa y presentar en fin los testimonios como una contra-prueba de todo lo que se haya dicho en pró ó en contra, como se practicaba en Roma? ¿Se deberá dejar á la acusacion y á la defensa la facultad de hacer intervenir, cuando estime conveniente, á los testigos, y presentar las pruebas en pró y en contra como se hacía en Atenas? ¿Convendría, por el contrario, ilustrar primero por medio de los hechos la conciencia de los jueces, sin perjuicio de que se discutieran luego estos hechos bajo dos distintos intereses segun la práctica moderna?

Estas diferentes combinaciones de escenas judiciales tienen cada una sus ventajas y sus inconvenientes, pero de todas maneras preferimos lo que se hace ahora á lo que se hacía ántes, sin pretender por esto que haya muy graves inconvenientes en los dos procedimientos contrarios.

Es quizá una cuestion más importante y más difícil de resolver, el determinar si debe prohibirse la elocuencia tan-

(1) Una ley española prohibía que ningun hombre fuese *vocero*, es decir, abogado de otro, si los jueces y los alcaldes no le daban un igual (sin duda un adversario de la misma naturaleza, si no de la misma fuerza). Lo establecido en esta ley fué confirmado por un privilegio del rey Alfonso el Sabio, dado en Sevilla el 5 de Marzo de 1299. V. Prieto.

to á la defensa como á la acusacion, sobre todo dirigiéndose á una magistratura popular, poco acostumbrada á depurar la verdad á través de los artificios oratorios que pueden ocultarla ó desnaturalizarla. Prácticas contrarias han existido y existen todavía: si los salvajes, los bárbaros y los Turcos no tienen ni acusadores públicos, ni abogados, tienen apasionados querellantes y acusados á quienes exalta la cólera ó el peligro; siendo por lo tanto posible la elocuencia con formas tan sencillas.

¿Qué es, por otra parte, la elocuencia? ¿No tiene la suya la dialéctica? ¿La sencillez, la claridad, el acto de reunir los hechos, el aire de impasibilidad, de moderacion, de generosidad y de inocencia, la posicion y la continencia no tienen por ventura su lenguaje? Él silencio mismo ¿no es á veces elocuente? ¿Será necesario desconfiar de sí mismo hasta el punto de no querer oir un asunto sino en la oscuridad? Y aun así, ¿el tono de la voz, la correccion, la gracia y elegancia del discurso, todo ésto en fin no tiene su poder?

Desconfíase por lo comun de la firmeza de sentido del juez popular; pero ¿no es esta, por el contrario, una de las cosas que dan la superioridad á este tribunal, la de no poder júzgar sino á condicion de sentir, la de no tener inteligencia y sobre todo prevision sino con auxilio de sus sentimientos, de sus pasiones, de sus instintos, de su amor al bien y de su ódio al mal? Con el alma entera juzga y habla ese juez; y esto es precisamente lo que le da una gran superioridad y constituye una especie de tacto instintivo. Constitúyase este tribunal con un gran número de jueces para que las aberraciones del sentimiento individual puedan corregirse con las aberraciones contrarias, y resulte de la oposicion de estos sentimientos y de estas opiniones una mayoría que pueda ser considerada como la expresion natural del mayor número (1). Esta condicion es sobre

(1) Esto significa que la simple mayoría no basta para condenar. «Se »ha admitido siempre en Francia, y este es uno de los principios más »respetados de nuestro derecho criminal y público, que las decisiones de »la justicia respecto á los acusados, han de tomarse por una gran ma»yoría, para dar en cuanto la fragilidad humana lo permita, la seguri»dad de un fallo justo, y preservar á la sociedad de los efectos del er»ror.» Opinion de M. Berenguer, diputado de la Drome, *Sobre el proyecto de ley del jurado*. Este eminente publicista hace notar por el razonamiento y por los hechos el inmenso peligro de admitir las condenas por mayoría absoluta.

todo necesaria cuando se trata de una sentencia penal.

No se nos oculta cuán enojoso y aun deplorable puede ser una acusacion dirigido por un magistrado que á la consideracion de sus funciones, de su edad y de su carácter une un gran talento oratorio. Para defender los derechos del inocente, ó por lo menos de un acusado cuya culpabilidad no está probada, póngase en frente de aquel hombre público que tal influencia ejerce sobre los jurados, á un jóven que no tenga pasado ni presente, que no reuna más que un celo sin talento, ó un talento mediano y sin entusiasmo en apoyo del buen derecho; supóngase, si se quiere lo contrario aunque ésto sea ménos frecuente, y háblese cuanto se quiera contra los peligros de la elocuencia en materia criminal: nada podríamos oponer en este caso; sólo diríamos que no es esta la cuestion; que sólo se trata de saber si aquellos inconvenientes se hallan ó no compensados con ventajas superiores, y si el sistema contrario no estaría expuesto á dificultades mucho más graves y numerosas.

La primera y principal de estas dificultades sería símplemente la imposibilidad de impedir toda influencia extraña á la verdad; y de seguro, si fuera posible darla á conocer en toda su pureza é interesar en ella sin recurrir á los artificios de la elocuencia y sin comprometerla con estos mismos artificios, convendría desterrar de los debates el arte oratorio; pero por ventura ¿no necesita el corazon humano ser movido para ser justo, principalmente cuando la voz del miedo y del interés tienden tan poderosamente á representarle al acusado como culpable? (1).

Por lo demás, todas estas formas sólo son practicadas en los pueblos civilizados: los salvajes y los bárbaros son mucho más expeditivos. Lo mismo sucede en los pueblos sometidos al régimen despótico en los cuales la publicidad no es una garantía de la imparcialidad de la justicia, sino un medio de terror, y con frecuencia se prefiere el terror del secreto mucho más terrible aun.

En el reino de Sogno (Nigricia meridional) el acusador expone primero de rodillas sus razones delante del juez, que está sentado en el suelo sobre un tapete con una pequeña vara en la mano, y que escucha atentamente, haciendo la

(1) Véase sobre este asunto un artículo notable en el fondo y en la forma, de M. Thieriet, *Rev. de leg.*, t. VIII, p. 376 y sig.

misma justicia al acusado. Despues de oir á las dos partes llama á los testigos, y si tardan en presentarse se deja para cualquiera otro dia la vista. Si responden al llamamiento, pesa cuidadosamente los testimonios de ambas partes, y sin ninguna nocion de jurisprudencia pronuncia su fallo segun sus inspiraciones del momento. Aquel á quien es favorable la sentencia, paga una retribucion, se tiende en el suelo con el rostro en tierra en señal de reconocimiento, y sus amigos le llevan á su casa refiriendo el caso y la decision: hállase obligado á su vez á obsequiar á los que le han acompañado, y si el negocio es importante la fiesta dura ordinariamente tres ó cuatro noches, originando grandes gastos. Por otra parte, el que ha perdido se retira sin resentimiento y sin murmurar (1).

En Guinea, cuando se trata de un asunto que debe juzgarse en público, un esclavo echa una especie de pregon en toda la localidad: reúnense hombres y mujeres, y el representante del rey da á conocer de qué se trata. Si el acusado se halla entre la muchedumbre, es cogido inmediatamente y llevado á presencia del representante, y allí se le ata, se le encadena si el delito es grave, ó se le custodia si es leve, hasta que se sentencia la causa, que se instruye ante los nobles y los senadores. El acusado es interrogado por el representante del rey acto contínuo: si la respuesta se hace esperar ó no es satisfactoria, el acusado es condenado á una multa, y si no puede pagarla es reducido á esclavitud y vendido, sin que pueda nunca recobrar su libertad (2).

Si hemos de dar crédito á los rabinos, los jueces del sanedrin procedían con la mayor circunspeccion en los asuntos capitales: la sobriedad y la misma abstinencia que les eran severamente recomendadas; la atencion, la reflexion y el tiempo de madurar en la soledad sus opiniones; la facultad de mudar de consejo, pero sólo cuando este cambio debiera ser favorable al acusado; la mayoría absoluta que bastaba para la absolucion, pero no para la condena; la facultad de revocar la sentencia hasta el último momento del condenado si nuevos hechos llegaban á conocimiento del tribunal, etc., eran otros tantos medios dados al juez para pronunciar una sentencia de misericordiosa equidad. To-

(1) Merolla, p. 629.
(2) Lintscot, 6.ª parte, p. 62.

das estas precauciones se tomaban con un interés lleno de solicitud hacia el acusado, y aun suponiendo con Basnage y Calmet que esto no sea más que una novela filantrópica ideada por los rabinos, esta sola concepcion honra su sensibilidad; y aun habría podido tener una muy saludable influencia sobre una justicia criminal nacional (1).

En Creta, se daba al acusado un defensor; pero á éste le estaba prohibido hacer uso de la elocuencia: recurríase por otra parte al tormento para arrancar confesiones (2).

En Atenas, eran públicas las sesiones del Areópago y tenían lugar al aire libre, no hallándose separado de la muchedumbre el recinto del tribunal más que por una simple cuerda. Los asuntos se entablaban de noche, en las tinieblas, y el querellante y el acusado juraban igualmente que decían la verdad, pudiendo el acusador interrogar al acusado. Dos veces se concedía la palabra á la defensa, y si un acusado creía perdida su causa despues de haber oido por segunda vez á su adversario, podía emprender la fuga en vez de replicar (3); pero al condenarse á sí mismo al destierro, abandonaba tambien sus bienes, que eran confiscados. Inmediatamente despues de la sentencia se aplicaba la pena ó era puesto en libertad el acusado; formas que eran casi las mismas para los otros tribunales.

Entre los bárbaros, y bajo el régimen feudal, todo el procedimiento se hacía en la audiencia de los tribunales sin prévia instruccion, siendo públicas estas audiencias y oral el debate. Los jueces deliberaban públicamente, y podían tambien ser requeridos para dar á conocer al público su opinion. El presidente, señor ó preboste, recogía los votos y pronunciaba el fallo (4).

Con la tiranía establecióse en Venecia, como en todas

---

(1) V. la *Biblia*; *Deut.*, *Levit.*, *Núm.*, *Exodo*; Josefo, *Hist. de los Judios*, XX; la *Mischna*, VII, *De Synedr.*; Sigonius, *De la Rep. de los Hebr.*; Selden, *De uxor. hebr.*, etc.; Pastoret, *Hist. de la legisl. y Moisés considerado como legislador*, etc.; Guenee, *Cartas de algunos Judios*, etc., 4.ª parte, 4.ª, 7.ª, 8.ª y 9.ª cartas; Michaelis, *Derecho mosáico*, traducido y anotado por el profesor Cellerier, de Ginebra; Víctor Hennequin, *Intr. al estudio de la legisl. franc.*; Dubois, *Hist. del derecho criminal de los pueblos antiguos*.

(2) Sext. Empir., *adv. Rhet.*;—Diod. Sic., XV, 77, 78.

(3) El derecho de asilo era, sin embargo, reconocido por los Atenienses en toda su extension. (Stace, XII, 481).

(4) Hallam.

partes, el procedimiento secreto, y con la anarquía creáronse en Alemania los tribunales secretos conocidos con el nombre de Santos Vehmicos.

En Venecia, pasó en 1179 la administracion de la justicia criminal á un consejo de cuarenta miembros, que se renovaban anualmente; pero esta magistratura se hallaba sometida, como todas las demás inferiores, al Consejo Supremo de los Diez. Este tribunal inquisitorial era arbitrario y hacía reinar la tiranía en Venecia, puesto que privando al tribunal criminal ordinario, no solamente del conocimiento de los crímenes de traicion, sino tambien del de muchos otros grandes crímenes, instruía las causas, juzgaba y castigaba conforme á lo que llamaba razon de Estado. El público jamás tenía conocimiento de los actos de este tribunal; algunas veces no era oido el acusado; nunca se le careaba con un testigo, y la instruccion, la sentencia y la ejecucion se hallaban envueltas en el más profundo misterio (1).

Alemania, al salir de la barbarie y del régimen de libertad y de licencia parcial que lleva consigo, tuvo por jueces criminales comisarios régios; pero por razones muy complicadas, no bastaron estos tribunales á la necesidad de justicia y de proteccion que se dejaba sentir, y formáronse otros, al principio con el permiso de la autoridad imperial, á la sazon muy debilitada, y de los cuales se hizo despues un instrumento terrible: hablamos de los tribunales secretos conocidos con el nombre de Vehmicos, cuyo número ascendió á más de cien mil. Estos tribunales que, invadían toda la Alemania, la Prusia y la Livonia, en los siglos XIII y XIV, convirtiéronse en terror de las gentes honradas por la frecuencia é injusticia de las denuncias, por la arbitraria sencillez de las formas y por la violencia de los jueces.

Estos tribunales tenían su orígen en los de los antiguos condes, y hallábanse constituidos por la nobleza y los antiguos propietarios que quedaron libres por no haber aceptado nunca lazos feudales ni señoríos, llamándose *libres-jueces (Freischœfœ)*, así como el tribunal tomó el nombre de tribunal libre *(Freigerichte)*. Estos libres-jueces represen-

(1) Hallam, t. II, p. 152, 153; Daru, *Historia de la República de Venecia.*

taban el antiguo municipio, y el *Freigraue* que los presidía era elegido por el príncipe, señor, conde, caballero ó ciudad, y tenía, como señor justiciero, una jurisdiccion que sólo dependía del emperador. Este presidente ó freigraue, recibía inmediatamente la investidura de los emperadores ó de los duques, y despues de la caida de Enrique el Leon, del arzobispo de Colonia, heredero de Westfalia. Los libres-jueces no podían ser ménos de siete, y siendo muchos para tomar parte en la deliberacion, cierto número de ellos quedaban como simples oyentes. Este tribunal tuvo al principio una jurisdiccion á la vez civil y criminal; pero todo su poder no alcanzó á reprimir los atentados de todo género que se cometían en el país.

Un vicio que resultaba del desarrollo de esta institucion fué la necesidad de presentarse ante uno de estos tribunales libres *(Freistuhle)* de Westfalia, los cuales no podían existir en otra parte. El emperador Wenceslao intentó en vano establecer uno en Hungría; pues declararon los *Freigraue* que todos los que formaran parte de él, incurrian por esto en la pena de muerte. Sin embargo, en el siglo XIII, todo aleman libre podía formar parte de este tribunal, y se establecieron naturalmente *Freistuhle* en todos los países en que se había extendido el derecho de jurisdiccion de la Vedme. Este honor, que tambien tenía sus ventajas, fué muy apetecido: la recepcion sólo podía tener lugar sobre la *tierra-roja* en Westfalia, y el mismo emperador debía ir allí para ser investido del título de libre-juez. Los libres-jueces habían adoptado signos para darse á conocer entre sí, lo que les valió la denominacion de iniciados. La admision era, pues, una iniciacion; un juramento solemne unía á todos los asociados, que no podían revelar, ni áun en confianza, lo que interesaba á la órden. Los eclesiásticos no podían formar parte de estos tribunales.

Primitivamente, los que no estaban iniciados no comparecían ante el tribunal secreto, sino ante el antiguo tribunal de los Comunes, que, por lo demás, se hallaba compuesto de iniciados, con la única diferencia de que sus formas eran ménos severas y la audiencia era pública. Si el acusado no comparecía, se le citaba ante el tribunal secreto, que sólo estaba abierto á los iniciados, no pudiendo entrar en él ningun profano sin incurrir en la pena de muerte.

La apertura de la audiencia era solemne y sencilla, y

los debates fueron al principio más sencillos aún, sobre todo, si el acusado era un iniciado, el cual debía ser puesto en libertad si juraba sobre la cruz de una espada puesta delante del presidente, que era inocente del delito que se le imputaba.

Si el acusado no era iniciado, y más tarde aunque lo fuera, el acusador podía oponer juramento á juramento, y anular el del acusado si encontraba tres hombres que jurasen con él; no pudiendo el acusado rechazar útilmente este ataque sino con el auxilio de seis conjuradores, y si entonces la acusacion presentaba catorce, necesitaba él presentar veintiuno. Si el acusado confesaba su crímen, ó si era convencido por la acusacion, se pronunciaba inmediatamente la sentencia; y si ésta era de muerte, el condenado era ahorcado en el acto en el árbol más cercano. Las menores penas eran el destierro y la multa.

Si el acusado no comparecía ante el tribunal despues de tres citaciones, y si no podía en un plazo determinado justificar su no comparecencia, era condenado como confeso de su crímen ó como un hombre que desprecia la paz y la justicia: entónces se pronunciaba la condena, y todos los iniciados se hallaban, en caso necesario, encargados de ejecutarla; pero esta sentencia sólo era conocida por ellos, y no podía ser revelada sino bajo pena de muerte. El acusador recibía una carta con el sello del presidente, en la cual se declaraba su derecho de hacer ejecutar la sentencia que había obtenido, y se ponían á su disposicion siete jueces para perseguir al culpable, al que podían matar donde quiera que lo encontraran. Para probar que no había sido víctima de un atentado, sino que caía bajo la cuchilla de la justicia, no se despojaba el cadáver, y se clavaba en el suelo un cuchillo á su lado.

La sentencia era terrible: «Como ha sido acusado, perseguido y juzgado por mí N..., á quien he mandado citar á causa de sus crímenes, y se ha obstinado en el mal; que no quiere obedecer ni al honor ni á la justicia y desprecia el más alto tribunal del Santo Imperio, le condeno con toda la fuerza y poder real, como es justo y como lo exige el real bando; le privo de todos los derechos que tenía á la justicia y á la libertad desde su bautismo; le pongo en el bando del rey y le entrego á las mayores agitaciones; le privo de los cuatro elementos que Dios ha dado á los hombres y ha

creado para ellos; le declaro fuera de la ley, sin derecho, sin paz, sin honor y sin seguridad; le declaro perverso, condenado y perdido, de manera que se le puede tratar como á un hombre condenado y maldito. Que sea en adelante considerado indigno; que no se le conceda ninguna justicia, ningun derecho, ninguna libertad en ningun castillo ni ciudad, excepto en los lugares sagrados. Maldigo su carne y su sangre; que no descanse jamás sobre la tierra; que sea arrebatado por los vientos; que las cornejas, los cuervos y las aves de rapiña le persigan en el aire y le devoren. Destino su cuello á la cuerda y su cuerpo á las avés de rapiña, pero que el Dios de bondad recoja su alma.»

Venía luego la fórmula relativa á la ejecucion: «Mando á todos los reyes, príncipes, señores, caballeros y escuderos, á todos los *Freigrave*, *Freischœffe*, y á cuantos pertenezcan al Santo Imperio, que ayuden con todo su poder á la ejecucion en la persona de este hombre maldito, como lo exige el tribunal secreto del Santo Imperio, y que nada en el mundo pueda detenerla, ni el amor, ni el dolor, ni la amistad, ni el parentesco »

Concíbese cuánto terror debía inspirar esta sentencia y todos los abusos que podían resultar de ella. Uno de los mayores, áun en su práctica legal, es el derecho que tenían todos los *Schœffes* del tribunal secreto á colgarle sin juicio en el árbol más cercano, con tal de que no tomasen nada de lo que llevaba consigo y que dejaran al lado de su cadáver el fatal cuchillo (5).

Este tribunal terrible concluyó, como se sabe, por suscitar vivas y numerosas quejas, no siendo ménos favorable á la venganza que á la justicia. Burgueses, caballeros, condes y príncipes caían indiferentemente en poder de los *schœffes* en cumplimiento de las sentencias del misterioso tribunal, del cual nadie podía considerarse seguro. Desde fines del siglo XV, fueron tan grandes é imponentes las reclamaciones, sobre todo por parte de los eclesiásticos, que la decadencia de la Santa Vehme marchó rápidamente. Sin embargo, el recuerdo de ella se ha conservado en el pueblo hasta nuestros dias, y dícese que campesinos libres se reunían casi todos los años en una *Freisthule*, sin que se

---

(5) V. Kolrausch., *Hist. de Alemania*, trad. de Guinefolle, t. I, página 506 y sig.

haya podido conseguir que manifiesten el signo de su reconocimiento. En Gehem, en el país de Munster, no quedó abolido el libre-tribunal hasta la legislacion francesa de 1811; pero éstos no eran más que débiles restos.

La jurisprudencia eclesiástica fué deseada y recibida como un beneficio, y sobre todo la Constitucion Carolina, la cual concluyó con los últimos tribunales secretos en Alemania, siendo la ley comun de este vasto país hasta el siglo XVIII, y en más de una localidad, hasta el siglo XIX. El Código de procedimiento publicado á la Prusia en 1805, por ejemplo, reprodujo todavía el sistema inquisitorial, suprimiendoel tormento.

En Dinamarca, la justicia era pública y oral, y sin embargo, en el siglo XV, encuéntranse testimonios y juicios escritos y sellados. Los tribunales se establecían en los lugares públicos, á cielo raso, y algunas veces en las iglesias y cementerios (1).

En materia de delitos políticos, la ley austriaca toma un carácter sombrío y despótico: la instruccion es secreta; no hay debate contradictorio en presencia de los jueces; las sentencias de absolucion pueden ser revisadas en ciertos casos; al acusado no se le comunican los cargos que contra él resultan; no se halla tampoco presente cuando se pronuncia la sentencia; no hay ministerio público, y el poder discrecional del juez está muy limitado; todo lo cual tiene su lado malo y su lado bueno. Esta justicia se parece algo á la de los Turcos, aparte quizá de que ésta no es tan expeditiva, y de que el acusado, en el sistema turco, es admitido á presentar por sí mismo, si no por un tercero, su defensa al cadí (2).

---

(1) Kolderup, tercer periodo.

(2) Véase sobre la publicidad en materia de procedimiento criminal, á Jagemann, *die Oeffentlicheit des Strafverfarens*, Heidelb., 1835.— Hablamos aquí del antiguo procedimiento criminal de Austria. A juzgar por el elogio que hace M. Warnkœnig de la reforma introducida en este Código en 1853, parece que este llegó á ser un modelo. *(Juristische Enciclopædie*, 1853, p. 54).

CAPITULO II.

JUICIO DEFINITIVO

SUMARIO.

1. Principal mision del juez.—2. Deliberacion.—3. Redaccion.—Fórmula del juicio.—Reproduccion del hecho y del derecho.—4. Tres clases de sentencias.—5. Razones en favor de los juicios dudosos.—6. Derecho de apelacion.—7. Pronunciamiento de la sentencia,—plazo.—costumbre singular.—Polonia.—Dinamarca.—8. Precauciones prescritas por ciertos legisladores cuando la sentencia debía ser sin apelacion.—Moisés.—9. La apelacion en China.

Una vez recogidas, clasificadas, comparadas y pesadas las pruebas, y oidas públicamente la acusacion y la defensa, la solemne mision del juez llega á ser más sencilla todavía.

El tribunal, despues de haber agotado todos los medios propios para ilustrar su conciencia, no tiene más que recogerse en sí y pronunciar la sentencia; pero como debe ser una persona colectiva, conviene, principalmente cuando procede por reflexion más que por sentimiento, que sus diferentes miembros puedan comunicarse sus impresiones y sus pensamientos, que puedan auxiliarse respectivamente con sus luces, y llegar, si es posible, á una conviccion comun: la deliberacion precederá, pues, á la sentencia. Ya hemos dicho que la condena por simple mayoría no ofrece garantías bastantes á la inocencia.

Una vez terminada la deliberacion, el juicio deberá ser redactado y firmado acto contínuo por todos los jueces, al ménos en sus partes esenciales. Esto quiere decir que nadie podrá ser jurado si no sabe leer y escribir, porque la deliberacion del jurado es ya un juicio en materia de hecho.

La sentencia que tiene por objeto la aplicacion del derecho al hecho, debe citar el hecho y la ley que lo ha previsto y castigado. El juicio que declara la no culpabilidad, no necesita motivarse en la prueba de la inocencia; basta que lo sea en la de no culpabilidad; y la sentencia absolutoria

debe reconocer que el hecho está fuera de las previsiones finales de la ley.

Por lo demás, la sentencia puede ser, *á priori* ó lógicamente, de dos clases, segun que los jueces del hecho han reconocido la culpabilidad ó la inocencia, ó que no están probadas suficientemente la una ni la otra por falta de datos.

Si no hubiese medios de salir de este estado de duda por informaciones más completas que los jueces de hecho están obligados á señalar á la investigacion de la justicia, el sobreseimiento deberá ser tambien obligatorio: en el caso contrario, sería preferible aplazar el fallo definitivo por un *non liquet*, á declarar no culpable al acusado, cuando es muy probable que no sea inocente.

Comprendo que son preferibles las posiciones claras y desembarazadas; pero por desgracia la naturaleza de las cosas ofrece términos medios que se acercan más ó ménos á los extremos que unen. Yo deseo que no se tenga sin cesar la espada de Damocles suspendida sobre la cabeza de un acusado; pero, ¿por qué no se ha de tener una opinion desfavorable de la harto sospechosa moralidad de una persona, aunque no se halle convicta del crímen de que se la acusa? ¿Cómo los tribunales habían de verse obligados á considerarle inocente, aunque no pudieran declararle culpable? ¿No debería haber en los juicios públicos la misma duda que en la conciencia? ¿Qué es esto sino un fallo que se conforma ó no con el estado del espíritu? ¿Es la expresion de la verdad, es decir, la opinion del juez? ¿Y qué mal habría en que la opinion pública participase de esta opinion? ¿No sería aquélla una pena muy natural siempre que no fuera posible otra? Y esta pena, si no fuese merecida, lo que rara vez acontecía, sólo sería imputable á la fuerza de las cosas, y de ninguna manera á la ley ni al juez: no sería más que una desgracia, jamás una injusticia. De esta manera se estaría en la verdad, al mismo tiempo que se evitarían los inconvenientes que lleva consigo la más ámplia informacion, ya temporal, ya indefinida, de la antigua jurisprudencia.

En asuntos judiciales, lo importante es la justicia, y justicia es que pese una duda mortificante sobre el que ha hecho para merecerla: esta duda es tambien legítima, puesto que resulta de los diferentes juicios que han servido para la

apreciacion de las pruebas. La sentencia de incertidumbre, si fuera facultativa, sería un gran recurso para la conciencia y la razon, y no impediría condenar á los que son evidentemente culpables, sólo que permitiría remitir formalmente al tribunal de la opinion pública á aquel á quien la justicia oficial no puede ni condenar ni absolver.

Con frecuencia hay un término medio entre una culpabilidad legal y una perfecta inocencia; y este medio sería comprendido en la especie de juicio de que hablamos; por lo demás, basta que pueda furmularse un juicio entre la probabilidad y la certeza. En las cosas humanas, en la vida práctica, una gran probabilidad equivale á la certeza: así, no es una certeza metafísica lo que se exige por la conciencia del jurado; pero cuando esta probabilidad no es muy grande, cuando se halla contrabalanceada por otra igual ó mayor, ¿no es absurdo obrar como si se estuviera cierto? Se toma el partido más seguro, si sólo se puede tomar un extremo; pero si hay otro, el más seguro es entónces el más verdadero.

En Polonia, bajo Casimiro el Grande, el juicio era todavía oral; solamente que á diferencia de lo que pasaba en Hungría, el juez lo repetía hasta que las partes lo entendían bien, y si lo olvidaban podían ir en busca del juez y rogarle que se lo repitiera (1).

Parece que en el mismo siglo XVI, los juicios no siempre eran escritos en Dinamarca, puesto que una ordenanza de Federico II prescribe que lo sean, y que ademas sean inscritos con las piezas del proceso en los registros de justicia. Esta misma ordenanza manda al juez pronunciar su sentencia en un plazo de seis semanas (2).

La forma del juicio en China es tal que sólo puede pronunciarse una sentencia definitiva cuando son completas las pruebas; y cuando se trata de una sentencia capital, no sólo no se deja nada al arbitrio del juez, sino que se exige que las pruebas del delito pasen por muchos tribunales y sean enviadas al emperador, quien las hace examinar de nuevo por los primeros magistrados del imperio, y absuelve, concede gracia, disminuye la pena ó difiere al ménos el suplicio de un gran número de culpables, no entregando á

(1) Macieiowski, p. 120.
(2) Kolder., § 153.

los otros al verdugo hasta despues de haber meditado en la soledad su condena y de haberse preparado por medio del ayuno á firmarla (1).

El juez no debe demorar su sentencia sino el tiempo necesario para meditarla bien y formularla de la manera más clara y conveniente. En los siglos XI y XII, era costumbre en no sé qué pueblo eslavo abofetear al juez que no había dado á conocer su sentencia dentro de los tres dias siguientes á la vista del negocio (2).

La sentencia puede ser oral ó escrita: ha debido ser primero oral, y oral solamente en los pueblos que no conocían aún la escritura.

Los juicios en materia criminal, como los civiles, deben estar sujetos á casacion por quebrantamiento de forma. El derecho de apelacion es tanto más sagrado cuanto más importantes son los intereses y ménos garantías presentan las formas seguidas por los tribnnales: así, obsérvase en muchos pueblos que el procedimiento criminal era muy circunspecto cuando la sentencia condenatoria no tenía apelacion: en otros la facultad de apelar no impide esta prudente lentitud.

Moisés exigía que el juez fuese en ayunas á pronunciar una sentencia condenatoria (3).

Sin duda por la misma razon prescribía la ordenanza de 1670 que los juicios se pronunciaran por la mañana (4).

En caso de duda, el tribunal de los triumviros, que tenía la facultad de juzgar en las causas de robo entre los Judíos, se asociaba dos nuevos jueces, y así sucesivamente hasta que la balanza de los votos se inclinaba del lado de la posesion (5); en las condenas de muerte la duda se resolvía siempre á favor del acusado. Para condenar era necesaria una mayoría de dos votos (7), y jamás se pronunciaban en un mismo día dos sentencias capitales, excepto en el caso de complicidad (6).

En las condenas de muerte, cuando se concluía la ins-

(1) *Memorias concernientes á los chinos*, t. VI, p. 157.
(2) Macieiowski. t. II, p. 86.
(3) *Lev.*, XXVI, 19; III *Reg.*, XXI, 9; *Eccles.*, X, 16.
(4) Art. 9.
(5) Selden, *De Synedr.*, II, c. 12, § 4.
(6) *Misna*, IV, p. 215; *Ghemare de Babyl.*, *De Synedr.*, p. 17; Selden, II, 5, § 6.
(7) Selden, II, c. 13, § 4; Schickard, *Teor.*, 14.

truccion y se leian atentamente todas las piezas, los jueces daban su decision, que no era irrevocable. Cuando volvían á su casa, en donde debian comer sóbriamente y abstenerse de beber vino, comenzaban de nuevo particularmente el exámen del crímen, y maduraban mediante una más ámplia informacion y por las reflexiones de todo un dia, la impresion que habían recibido, aprobando ó reformando luego su primera sentencia cuando volvían al tribunal. Sin embargo, no todos tenían la facultad de cambiar de opinion: el que la víspera opinaba contra el acusado, podía al siguiente dia serle favorable; pero si había creido ántes que debia absolver, no podía ya condenarle al otro dia (1).

(1) V. Selden, *De synedr.*, II, c. 10, § 2; III. § 3; *Misna*, IV, p. 224 y sig.

CAPITULO III.

EJECUCION DE LAS SENTENCIAS CRIMINALES.

SUMARIO.

1. Lo que puede retardar ó impedir la ejecucion.—2. La ejecucion debe ser pública en cuanto sea posible.—3. Reflexiones de Benthan sobre la publicidad de la pena.—4. Otra reflexion.—5. Preocupaciones relativas á las funciones de ejecutor; no son universales.—6. Ejecuciones secretas; son en cierto sentido más temibles que las públicas.—7. Cómo se ejecutan en el Japon las sentencias capitales.—8. Cómo en China; civilizacion china.—9. Cómo en Esparta.—10. Cómo entre los Judíos; costumbre notable.—11. Cómo en Egipto.—12. Ley rusa.—13. Disposiciones de la ley danesa sobre la ejecucion de las sentencias criminales.—Ley romana recordada.—14. Derecho anglo-sajon sobre la materia.—15. Derecho florentino.—16. Algunas disposiciones singulares.—17. Prejuicios sobre el modo de ejecutar.

Si no hay apelacion, no hay recurso de casacion, ó si ha espirado el plazo para apelar; si la solicitud pidiendo gracia no va dirigida al soberano, ó si es negada; si el condenado no puede escaparse, ni utilizar ciertos medios de salvacion que le concedía el uso, las leyes ó un favor especial (1), la sentencia condenatoria debe ser ejecutada.

---

(1) Por ejemplo, ser arrancado al suplicio por una demanda de casamiento, por el ejercicio de ciertos privilegios concedidos á elevados personajes y á iglesias, por el ensayo de una operacion ó de un medicamento, á los cuales se somete voluntariamente el condenado, por romperse accidentalmente la cuerda que sirve para colgar á los criminales, etc. En ciertas comarcas de la Francia, el condenado á pena capital que hallara á una mujer que quisiere casarse con él, quedaba *ipso facto* indultado: «En plusieurs lieux et pays est de coutume que, si une fem»me a marier, et mesmement si elle est pucel et requiert ung homme a »mary qui est condempne a morir et est mene au gibet len délivre a la »dicte femme elle lui sauvera sa vie. Mais cela est contre le droit com»mun.» (Masuer *en français selon la coustume du hault et bas pays d'Auvergne*; Lyon, 1505, fol. LXIX). Meme coutume rapportée dans Masuer. en latin: Masuerius, titre *De pœnis,* fol. CXIII; Lyon, 1536, p. 349 de l'édit. de 1577.

Ciertas iglesias tenían el privilegio de arrancar del suplicio á los condenados; el rey creyó deber limitar este derecho abusivo, decidiendo que no se aplican á ciertos casos. *(Orden. de los reyes de Francia*, 1512, 20 de Diciembre).

La ejecucion de la sentencia, como todas las demás partes del drama judicial, debe ser pública, al ménos en cuanto lo consienta la natnraleza de las cosas, y debe ir ademas precedida de la lectura de la condena, á fin de recordar al público los motivos de ésta y para que la pena ejerza así un efecto más saludable; pero como los debates del proceso producen aún mayor impresion que una simple lectura, que no los retrasa, por otra parte, sería necesario en interés moral de la sociedad y del condenado mismo, que la ejecucion de la pena siguiese inmediatamente á la sentencia. Ya lo hemos hecho observar al hablar de la eficacia de las penas (1).

En la ejecucion de las penas no hay que temer un aparato que, sin aumentar el dolor físico del paciente, pueda causar una saludable impresion en el pueblo: «Los *autos de fé*, dice Bentham, serían una de las más útiles invenciones de la jurisprudencia, si en vez de ser actos de fé fueran actos de justicia. ¿Qué es una ejecucion pública? Una solemne tragedia que el legislador presenta al pueblo reunido; tragedia verdaderamente importante, verdaderamente patética por la triste realidad de su desenlace y por la grandeza de su objeto. El aparato, la escena y las decoraciones no serían nunca bastantemente estudiadas, puesto que de ellas depende el efecto principal. Tribunal, cadalso, vestido de los dependientes de justicia, el traje de los mismos delincuentes, servicio religioso, procesion, acompañamiento de todas clases, todo, en fin, debe revestir un carácter grave y lúgubre. ¿Por qué los mismos ejecutores no han de ir cubiertos con un crespon de luto? Con ello se aumentaría el terror de la escena, y se ocultarían al ódio injusto del pueblo á estos útiles servidores del Estado. Si la ilusion pudiera mantenerse, convendría que todo esto fuera un simulacro, puesto que la ejecucion de la pena sólo es necesaria para mantener la apariencia (2).

---

(1) «En China, la manera de coger á los criminales, de llevarlos á la cárcel, de conducirlos de un tribunal á otro y de hacerlos llegar hasta la capital; la forma de procedimiento, informes, exámen, interrogatorios y careos; las formalidades de los indultos y el aparato de las ejecuciones, están de tal manera preparados para herir la imaginacion de la muchedumbre, para intimidarla y para aterrarla, que doblan en cierto modo el efecto.» (*Memoria relativa á los Chinos*, IV, p. 158). *Mem. relativa á los Chinos*, t. IV, p. 157.

(2) *Tratado de legisl, civil y penal*, t. II, p. 162 y 163.

Sin detenerme en esta última reflexion, haré notar solamente sobre todo lo que precede, que sería de temer quizá que, dando una importancia tan grande á los últimos momentos de un condenado, una importancia tan solemne al ménos, llegara á exaltarse el amor propio de los criminales hasta el punto de hacer de ello un mérito, una gloria y un objeto de ambicion. La vanidad humana se halla muy dispuesta á lisonjearse con todo aquello que se asemeja á poder, y podrían creer encontrarlo en el duelo solemne que inspirarían á una gran poblacion; y por otra parte, no podrían disponerse regocijos públicos al derribar la cabeza de un culpable. El sentimiento, el duelo y la tristeza debían dirigirse mejor á la memoria de la víctima, y abandonar al asesino. Una escena de conciliacion, grave y sencilla, podría preceder más útilmente á los últimos actos de la justicia; entónces el pueblo podría unir la piedad al terror, y llevar algun consuelo en la última hora de un criminal arrepentido. Mercier, en el *Año* 2440, ha escrito sobre este punto una página conmovedora. El presidente Berenger, cuyos conocimientos, experiencia y sabiduría son conocidos de todos, al hablar de algunos Estados de Alemania que han tomado la iniciativa de una medida análoga á la que había propuesto Mercier respecto á la ejecucion de los criminales, dice lo siguiente: «Reconociendo que la sangre derramada ante una muchedumbre, siempre ávida de emociones, produce el endurecimiento de los corazones, y que, por una especie de efecto fisiológico, la vista de la sangre despierta en las naturalezas pervertidas los más crueles instintos y con frecuencia hace nacer el deseo de derramarla, estos Estados han pensado con razon que los espíritus serían impresionados con un terror más profundo, y que la intimidacion sería por consiguiente mayor, si en vez de asistir el público á este repugnante espectáculo, fuera solamente advertido en la forma más solemne de que iba á tener lugar una grande expiacion, é invitado á reunirse en los templos en este momento supremo para unir sus preces á las de la Iglesia, pidiendo el perdon del condenado. Los pueblos en que se ha introducido esta innovacion recogen ya todas sus ventajas.»

En la época en que era reconocido el derecho de venganza personal, como quiera que no había ni debates, ni juicio, ni pena publicos, y como importa, sin embargo, al que se

venga que sus enemigos no ignoren que no pueden contar con la impunidad, se estableció naturalmente en este punto una costumbre notable en el seno de algunas hordas salvajes y aún de algunos pueblos bárbaros. Las cabezas de los hombres muertos por venganza eran clavadas en la puerta principal de la casa, en medio de las que el propietario había cortado en la última batalla, como se practica aún en nuestros dias con las cabezas de los lobos y de los jabalíes muertos en las monterías señoriales. Una disposicion de la ley sálica prohibía, bajo pena de seiscientos dineros ó de quince sueldos de multa, quitar de la estaca la cabeza del hombre á quien habían dado muerte sus enemigos (1).

Las preocupaciones relativas á las funciones de ejecutor son muy diferentes segun los tiempos y los países, y segun la política. Entre los pueblos de costumbres dulces, á los cuales horroriza generalmente la efusion de sangre, y en los que el legislador ha querido conservar ó desarrollar este saludable sentimiento, el verdugo, á pesar de la útilidad social de su ministerio, inspira una especie de repugnancia y es considerado impuro (2).

En la ciudad de Sabi (reino de Juida) la ejecucion de las sentencias de la justicia no tiene nada de deshonroso, y las mujeres del rey son las que desempeñan estas funciones: ellas roban, queman, devastan etc. (3).

Por otra parte, en las islas de Tonga, los mismos jefes administran los azotes ó los hacen administrar.

Si se quisiera que la ejecucion de una sentencia causase más impresion en los espíritus, no sería quizá el mejor medio hacerla pública: el secreto tiene sus misterios, y deja, como todo lo que es oscuro, un campo más libre á la imaginacion; pero no se trata solamente por la publicidad de la ejecucion de causar un terror saludable; se trata tambien del derecho de la sociedad á asegurarse de que el condenado ha sufrido la pena, pues le proteje hasta en el castigo que le hace imponer, impidiendo que sea agravado. Sin embargo, esta garantía estaría suficientemente asegurada con la

(1) *Ley sál. antig.*, XLIV, 10.
(2) *Historia general de los viajes*, t. II, p. 443 y 444, de donde hemos extractado y referido más arriba una costumbre y las preocupaciones de los negros de Issini.
(3) Desmarchais, p. 200.

presencia de hombres públicos que se encargaran de velar por el respeto á la ley.

Entre los Quojas, los criminales son ejecutados en algun bosque ó lugar muy retirado de las habitaciones. El condenado á muerte es entregado al verdugo que le venda los ojos, le ata las manos por la espalda y le conduce al campo: allí se pone de rodillas, y baja la cabeza esperando la lanzada ó el dardo que lo ha de atravesar de parte á parte, y enseguida se le separa la cabeza del tronco con un hacha, no considerándosele como suficientemente muerto hasta que se le ha cortado la cabeza, y su cuerpo descuartizado, se entrega como pasto á las aves de rapiña. Terminado el suplicio, los parientes y los amigos se reunen para llorar, y los hombres hacen hervir la cabeza del muerto hasta que los huesos quedan limpios de la piel y de carne; y despues de haber comido las partes blandas y bebido el jugo, sepultan con ceremonia el cráneo con el fetiche del difunto. Las mujeres entregadas á su dolor, lloran, gimen y se lamentan; pero nadie acompaña al condenado al lugar del suplicio.

Una vez muerto, la muchedumbre va á verle y deplora un fin tan funesto (1).

En el Japon, cuando se quiere favorecer al condenado, se permite á su más próximo pariente ejecutarlo en su casa, y esta muerte no deshonra ni al que la da ni al que la recibe; pero es más honroso darsela uno mismo. El mayor criminal que se abre alegremente el vientre por una incision en forma de cruz, es considerado un héroe y no recae sobre su familia ninguna deshonra. Si un acusado muere en la prision, ya de muerte violenta, ya de muerte natural, su cuerpo no queda libre del suplicio, sino que se continua el proceso como si viviera, y su cádaver queda en el suelo hasta el dia de la sentencia que se ejecuta como si estuviera vivo (2).

La ley china no toma ménos precauciones para hacer ejecutar la pena con su perfecta legalidad, que para llegar al conocimiento del delito y condenarlo; pero siempre em-

---

(1) Lintskot, *Ind. or. descr.*, 4.ª parte, p. 64. Véase tambien *Descripcion de la Guinea y de los paises entre Sierra Leona y Rio Sestos* (*Col. gen. de viaj.*, t. III, p. 604 y 605).

(2) Des Essarts, t. IV, v. *Japon*.

plca el mismo género de garantías; es decir, penalidades dirigidas contra los magistrados ó los agentes de la justicia. Así, el órgano del poder ejecutivo que debe velar por la estricta aplicacion de la sentencia criminal es castigado con una pena de treinta ó sesenta azotes, si descuida el cumplir aquel deber; la prision arbitraria se castiga con ochenta azotes, y si de resultas de esto muere el detenido, se castiga con la estrangulacion esta ilegalidad. Un retraso en la ejecucion de la pena lleva consigo un castigo de treinta á cien azotes segun las circunstancias (1). Los malos tratamientos que se hace sufrir ilegalmente á un prisionero son castigados con una penalidad creciente, segun la gravedad del caso, pudiendo llegar hasta la estrangulacion. Los inspectores de las cárceles están encargados de velar porque en ellas se ejecuten los fallos de la justicia y se cumplan los deberes de la humanidad; y si llenan mal su mision son castigados ellos mismos. Las mujeres no sufren prision sino en caso de adulterio, y no pueden ser sometidas al tormento ni ejecutadas en estado de embarazo.

Como se ve, la legislacion penal de la China conserva hasta el fin un carácter de equidad y de precision que la asemeja singularmente á la de los tiempos modernos; y sin embargo, la civilizacion china se pertenece á sí misma; es muy antigua y lo debe todo al buen sentido del pueblo y á la reflexion de los sábios. El mandarinato, la instruccion que se exige, y sobre todo la gran sabiduría de los antiguos filósofos chinos explican la civilizacion moral y las instituciones de esta nacion, única del Asia que tiene más relaciones con el espíritu positivo de Occidente.

En Esparta, la estrangulacion era el modo más ordina-

---

(1) Hé aquí como refiere la ejecucion de la pena más ordinaria en China, la fustigacion, un escritor del siglo XVI: «Antes de ejecutar la sentencia, el juez delibera por tercera vez, y durante ese tiempo el condenado está sentado sobre cenizas de horno comiendo y bebiendo á su placer. Si el crímen es reconocido capital, el condenado es conducido al suplicio, y durante ese tiempo se tocan las campanas y se disparan cañonazos. Los ladrones reciben ordinariamente cien azotes en la parte posterior con las manos atadas á la espalda y los piés encadenados al suelo: al sesto golpe ya no pueden tenerse en pié, y á los cincuenta es casi segura la muerte. (H. Lintscot, 3.ª parte, grab. 30, edic. Francf., 1599). Esta pena se impone hoy todavía (1860), como han podido ver los soldados de nuestra expedicion. Ha habido condenados que han recibido sesenta golpes sin morir, aunque cada golpe les hacía brotar sangre.

rio de dar la muerte (1), y se verificaba de noche en la prision, siendo admitidos los parientes del condenado á verle en sus últimos momentos (2). Algunas veces se le arrojaba á un foso en donde perecía de dolor y de inanicion (3).

En la Judea, no existía la funcion de ejecutor, y la ejecucion no tenía nada de infamante: cuando no era uno de los testigos quien ejecutaba la sentencia, era un dependiente de la justicia, ó un doméstico del rey ó un guerrero, y á veces uno de los generales, dictando el príncipe la sentencia (4). Si hemos de dar crédito á los rabinos, en los tiempos posteriores el criminal condenado á muerte se dirigía á paso lento al lugar del suplicio. Atormentado por una inquieta curiosidad, el pueblo compadecido le rodeaba, procurando leer en su frente su arrepentimiento y sus remordimientos, y dos dependientes de justicia estaban junto á él encargados de oir lo que tuviera que declarar todavía y de apreciarlo. Un heraldo se abría paso por entre la muchedumbre y esclamaba: «El desgraciado que veis es culpable, y va á sufrir el último suplicio: si hay alguno que pueda justificarle que hable. Si se presentaba algun ciudadano, el criminal volvía á la prision y se examinaban las pruebas de su defensa, autorizando la ley en tales casos á llevarse cinco veces al condenado. Su benignidad se manifestaba hasta en la confesion que se exijía de la falta del culpable. A alguna distancia del lugar en donde debía perder la vida se le ordenaba confesar su crímen, y no se esperaba que su turbacion se aumentase en presencia del horible teatro en donde debia terminar sus dias: despues se le embriagaba para hacer ménos crueles sus últimos momentos (5).

En Egipto, para alejar de los condenados todos los horrores de una muerte infame y cruel, se les emborrachaba igualmente en el momento de conducirlos al suplicio: tampoco se podía ejecutar á la mujer en cinta durante su embarazo (6), sin que por otra parte fuera lícito dar á la ley una

---

(1) Plutarco, *Agesil.*, § 21; Herod., IV, § 146.
(2) Herod., IV, § 146; Val. Max., IV, 3 y 6.
(3) Du Theil, *sobre Strab.*, l. VIII, t. 3, p. 217.
(4) II *Reg.*, IV, 12; IV *Reg.*, X, 19, 24; I *Reg.*, XXII, 16-18; III *Reg.*, t. II, 28, 25, 46;—Berruyer, *Hist. del pueblo de Dios*, t. IV, 546.
(5) *Misna*, IV, p. 207, etc. Véase ademas Selden, Godwin, Pfeiffer, *antig. hebr.*, c. 11.
(6) Diod. Sic., I, § 77.

interpretacion análoga á la imaginada por Tiberio acerca de la prohibicion de hacer morir á una mujer. Este plazo concedido á la mujer embarazada para parir, ha pasado á las leyes modernas, á la de Rusia, por ejemplo (1): esta ley prescribe la ejecucion de los condenados en el plazo de seis semanas, que es bastante largo. La forma del último suplicio no se halla prevista por el legislador, y se deja al arbitrio del juez, lo cual es una falta. Es verdad que estas fantasías crueles, si debiera haberlas, podrían reprimirse por la revision de oficio á que está sometida toda sentencia criminal, pero podrían tambien no serlo. El mismo soberano, ¿no habría obrado muy prudentemente poniendo á los jueces al abrigo de la tentacion de adularle á expensas de los condenados?

Pero la ley rusa tiene otro defecto relativamente á la ejecucion de las penas: la publicidad no es en ella suficiente. Hay allí ejecuciones secretas que recuerdan el látigo *bajo la custodia* de nuestra antigua legislacion, pena que se considera, sin razon puramente correccional, por lo mismo que no es pública, y que puede ser más terrible que la que es penal é impuesta públicamente. Es verdad que no va seguida del destierro á Siberia, de trabajos forzados en las minas, en las fábricas, en las fortalezas ó como colono; pero es á veces preferible el destierro y los trabajos coloniales á la muerte en el fondo de un calabozo bajo el látigo de un verdugo.

La ejecucion de la sentencia iba acompañada en Dinamarca, en los siglos XI y XII, de muchas formalidades. En las causas cuya sentencia concedía una multa al rey, correspondía la ejecucion al intendente real, que primero debía satisfacer al querellante segun los medios calculados, y sí éste no poseía nada ó si el intendente faltaba á su deber, el querellante debía hacer declarar *friedlos* al condenado, primero en el tribunal del *herred* y luego en el del *landsting*. En las causas en que la sentencia sólo concedía la multa al querellante y en que el condenado la negaba, el querellante debía tomar la por sí mismo obteniendo garantías. Esta ejecucion se hallaba, sin embargo, sujeta á ciertas formalidades y á ciertas restricciones: cuando no quería satisfacerse

---

(1) De Reutz, p. 477.

de esta manera, podía hacer declarar *friedlos* al condenado. En cuanto á las sentencias de pena capital y de penas aflictivas, eran ejecutadas, ya por el oficial real, ya por el mismo querellante (1).

En el período siguiente, es decir, del siglo XIII al XVI, los medios ordinarios empleados para obligar al condenado á satisfacer la multa, son los mismos que en el precedente período; multa para el rey, embargo y guerra declarada. Añade el derecho de Jutlandia que el condenado á tres marcos de multa (que no la paga) no puede disponer de sus bienes, presentar ninguna querella, ni tomar parte en ningun servicio; pero estos medios de coaccion eran aún insuficientes, puesto que con frecuencia el demandante imploraba el auxilio del rey, en nombre del cual era ejecutada la sentencia. En las ciudades, la cosa era mucho más fácil: en el siglo XIV al ménos, había en aquéllas tasadores que ejecutaban la sentencia trascurrido cierto plazo, y el condenado que no tenía nada, era entregado á su adversario para que trabajase en su provecho (2).

En el tercer período del derecho danés, del siglo XVI al XVII, no estaba ya en uso (3) la persecucion cuyas formas había regulado Cristian IV con el de *Rigens ret og dele*.

Encuéntranse en el derecho anglo-sajon disposiciones que recuerdan las del derecho danés relativamente á la multa. El que no podía pagarla, se consideraba como que no quería, y dejaba de estar bajo la proteccion del rey; era *friedlos*, sólo que el derecho de perseguirle pasaba del ofendido no satisfecho al rey. En el caso contrario, en que había voluntaria negativa de someterse á la pena, el condenado era considerado como si se hubiese negado siempre á la accion de la justicia, y no estaba ya bajo la proteccion del rey.

(1) Kolderup, § 79, p. 153.

(2) Kolderup, § 122, p. 249; § 123, p. 253. Esta última manera de satisfacer al acreedor ó á la parte civil en materia criminal, recuerda una costumbre análoga de los Romanos. Si el condenado no podía pagar ni encontraba fiadores *(sponsores vel vindices)* dentro de los treinta dias, el pretor lo entregaba á la parte contraria (*judicatus id est damnatus et addictus*), quien tenía el derecho de llevárselo y hacerlo esclavo (*abductus*). (Cic., *Flacc.*, Tit. Liv., VI, 14, 34; Plaut., *Pœn.*, III, 3, 94; *Asin.*, 5, 2, 87; Gell., XX, 1). La ley de las Doce-Tablas llama á estos treinta dias *dies justi: rebus judicatis*, XXX, *dies justi sunto*; post deinde manus injectis esto, in jus ducito.—V. Adam, *ob. cit.*, t. I, página 394.

(3) Id., § 154 y 180.

si no emprendía la fuga, si no salía del país, podía ser muerto inpunemente por su adversario, y no había en esta muerte ninguna violacion de la *paz del rey*, puesto que no había paz con un extranjero, y el contumaz era considerado como tal. El rey podía hacerle matar, ó mutilar, ó concederun plazo para fugarse (1).

Las sentencias criminales no siempre fueron de fácil ejecucion: cuando afectaban á ciertos culpables, y el espíritu de gremio ó de casta se creía ofendido ó amenazado, no siempre cumplía el poder ejecutivo sin dificultad esta penosa tarea. La administracion de la justicia criminal pertenecía en Florencia como en las otras ciudades, á un podestá extranjero, ó más bien, á dos magistrados extranjeros tambien, el podestá y el *capitano del popolo*, que parecen haber ejercido concurrentemente su jurisdiccion. En 1295, se creó un dependiente de justicia, oficial encargado de hacer ejecutar la sentencia de estos dos magistrados en el caso en que los dependientes ordinarios no pudieran lograrlo: aquel dependiente tenía á sus órdenes un cuerpo de mil ciudadadanos, cuyo número se elevó luego á cuatro mil. Nada ménos que esta fuerza imponente se necesitaba para tener á raya á la nobleza, puesto que á los nobles confiados en sus fuerzas, importábales poco la severidad de las leyes en este punto. Parece que estas medidas fueron todavía insuficientes, cuando se creyó que debía declararse no elegible á la nobleza; ademas, si un noble cometía un delito, era responsable la familia que pagaba una multa de tres mil libras, y para que en adelante el silencio de los testigos á quienes el temor hacía con frecuencia callar, no detuviese el curso de la justicia, se decretó que el rumor público, atestiguado por dos personas dignas de fé, se considerase prueba suficiente para condenar á un noble (2). Para mantener mejor en la obediencia á esta clase orgullosa y rebelde, llamó muchas veces el partido gobernante á un magistrado extranjero, á quien se daba el título de capitan de la guardia y se le revestía de una jurisdiccion criminal casi ilimitada (3).

En muchos pueblos, el criminal que va á morir se considera ya reconciliado con la sociedad, y se le perdona pré-

---

(1) Phillips.
(2) Hallam, *La Europa en la Edad Media*, t. II, p. 99-101.
(3) Id., id., t. II, p. 103.

viamente, á condicion de que sufra la pena: una prueba de esta reconciliacion es la complacencia que se tiene con él en sus últimos momentos. Hay algunas de esas complacencias que son deberes tanto más sagrados cuanto que se hallan destinados á facilitar la reconciliacion del culpable con el soberano juez. ¿Quién creería, sin embargo, que hasta la ordenanza de 12 de Febrero de 1396 dada por Cárlos VI, estuvieron los condenados reducidos á desear la confesion? Iban al suplicio con la carga de su crímen en la conciencia, y si una sana instruccion religiosa no los tranquilizaba, podían creerse perdidos en este mundo y en el otro. La ley española era más humana y más cristiana al mismo tiempo: al condenado que iba á morir, se le administraban los sacramentos, excepto el de la extremauncion, cuya excepcion no comprendemos (1).

Hay otros deseos mucho ménos respetables, que nacen de diversas preocupaciones, tales son: el morir mejor por el plomo que por el acero, por el acero mejor que por el plomo, etc. Así, de todos los suplicios, el de la cuerda es el más odioso á los Valacos, y les repugna mucho ménos el ser enrodados, porque en este último suplicio, dicen, el alma sale del cuerpo por la boca, mientras que el alma de un ahorcado, no pudiendo salir por la vía ordinaria, se ve obligada á salir por un conducto ménos noble. En Inglaterra, parece que el pueblo participaba de estas ideas (2). No hablaré de otras preocupaciones análogas conocidas de todos: aquí, como en otras partes, me refiero á los hechos más característicos y ménos conocidos.

---

(1) Asso y Manuel. En Francia se negaba la eucaristía. V. Pothier, *ob. cit.*, t. II, p. 373.
(2) Malte-Brun, *Geog. univ.*, t. I, p. 383-384.

CUARTA PARTE.

RESEÑA DE LOS PROGRESOS

DE LA CIVILIZACION, DEDUCIDOS DE LOS PRINCIPALES HECHOS EXPUESTOS EN LOS LIBROS QUE PRECEDEN: DEL PRESENTE Y DEL PORVENIR DEL DERECHO PENAL.

CAPITULO PRIMERO.

PROGRESOS DE LA LEGISLACION PENAL MARCADOS POR LOS DE LA IDEA QUE SUCESIVAMENTE SE HA FORMADO DE LOS DELITOS Y DE LAS PENAS EN GENERAL.

§ I.

Progreso de las ideas sobre la naturaleza de los delitos.

SUMARIO.

1. Susceptibilidad del ofendido, primera base de la estimacion del delito.—El capricho del padre,—padre de familia, pontífice ó príncipe,—desempeña un papel análogo.—2. Los culpables entregados por el poder al resentimiento del ofendido.—Hay solamente delitos privados, no delitos públicos.—Este es siempre el imperio de la venganza personal.—3. El poder, principalmente el sacerdotal, se apodera de la venganza.—Confusion de los pecados y de los delitos; los primeros son castigados como los segundos.—4. Distincion de los delitos en espirituales y temporales; penas religiosas, penas civiles.—5. Distincion de las faltas morales y de los delitos.—6. Caracteres del delito: delito legal.—Definiciones.—Denominaciones.—7. Tres órdenes de caractéres en los delitos.—La legislacion oriental, la de Grecia y la de Roma dejan mucho que desear en este punto, respecto al cual son tambien imperfectas las mismas leyes modernas.

En principio, la susceptibilidad del ofendido constituye el delito, y éste por lo tanto nada tiene de absoluto: es más, depende del capricho y del error del poder que lo castiga: por eso el padre de familia que era á un tiempo legislador y juez en las primeras sociedades humanas, podía conside-

rar un crimen en sus hijos lo que era un acto inocente en sí.

Este mismo padre de familia era tambien el pontífice del culto doméstico, y podía erigir en prácticas actos indiferentes, supersticiosos ó fanáticos, castigando á los infractores.

El soberano de un Estado despótico, hállese constituido racional ó teocráticamente, puede incurrir en la misma arbitrariedad, y ha incurrido en efecto.

Es más; las familias pueden hallarse agrupadas en poblaciones, formar juntas pequeños Estados, y dejar casi íntegra la autoridad paterna para las cosas puramente domésticas.

Este estado de cosas se explica ó por la indiferencia, ó por la política: por la indiferencia, si el jefe de familia es el único que figura en el Estado y tiene todas las atribuciones domésticas; por la política, si es considerado como un representante de la autoridad gubernamental, como un medio de accion sobre la familia, que hace de todos los miembros de ella instrumentos tanto más consagrados á la cosa pública cuanto más poderosos sean. Entre los salvajes es de la primera especie el poder absoluto del padre de familia; en Roma era de la segunda. Entre los Iroqueses, la decision de los negocios criminales que se suscitaban entre los miembros de una familia corresponde inmediatamente á los de la cabaña de los culpables, pues se supone que tienen derecho de vida y muerte los unos sobre los otros, y la poblacion parece no tomar interés alguno en el delito. Presúmese que quien ha sido muerto, lo ha sido legítimamente; que no debía ser más querido por los demás que por el matador, y que éste ha sido arrastrado á cometer aquel acto por razones tan poderosas, que no es lícito á ningun extraño ser juez en el asunto. Se le compadece todavía por haberse visto en la triste necesidad de derramar su propia sangre, y se considera que si hubiera en este acto alguna falta, corresponde al resto de la familia apreciarla, castigar ó perdonar (1).

Hay en este punto tan poca prudencia y cálculo, que el mismo padre es abandonado á discrecion de sus hijos. Este es un principio de indiferencia que abandona indistinta-

(1) Lafitau, *Costumbres de los salvajes americanos*, t. I, p. 486 y siguientes.

mente á todos los miembros de la familia á la afeccion que debe unirlos.

El segundo momento que preside á la determinacion de los delitos, es aquel en que el poder reconoce tradicionalmente faltas que merecen venganza; pero entrega á los culpables al resentimiento de los ofendidos. No hay allí, por lo tanto, sino crímenes privados, aun fuera de la familia, ó de una familia á otra: allí no hay todavía crímenes públicos. El lazo social no es bastante fuerte para que haya solidaridad entre todos los miembros de la comunidad, para que una autoridad pública constituida como el alma del cuerpo social, tome bajo su proteccion á todos los elementos de ese cuerpo, aun á aquel que se ha hecho culpable.

En un tercer momento, el código de los delitos se amplía y la autoridad regula la venganza ó empieza á ejecutarla por sí misma, cuyo estado de cosas toma principalmente orígen bajo el régimen sacerdotal: desdeñando los dioses castigar á los impíos ó aplazando su castigo, se encargan de ello los sacerdotes. Bajo el régimen teocrático, todo delito es una impiedad y como tal debe ser castigado; y como se considera que la vida entera del hombre debe ser regulada; como estas reglas son conocidas y queridas por Dios, los que son ó se dicen sus órganos tienen atribuciones para proclamar sus leyes y hacerlas respetar. De aquí que se consideren delitos los pecados y los vicios y sean sancionados con penas: los deberes religiosos y los que tenemos para con nosotros mismos se consideran tan sagrados como los que nos obligan con nuestros semejantes, y se sancionan con penas tan severas y más severas aun, sobre todo los deberes religiosos. Y teniendo más ó ménos este carácter todos los deberes, la legislacion penal hácese sumamente severa, que es el medio de vengar suficientemente á Dios, cuando se está encargado de esta mision.

¡Y si al ménos hubieran sido reales y naturales todos estos delitos! Pero no: lanzada en el camino de las ficciones y de lo maravilloso, la fecunda é interesada imaginacion de los ministros de la Divinidad inventa multitud de delitos religiosos, de impurezas legales, de profanaciones, de sacrilegios, de impiedades y de heregías, que son castigadas casi todas con el último suplicio.

Llega, sin embargo, un tiempo, y éste es el cuarto período de la legislacion criminal, en que la autoridad se divide,

pero en que se hace sentir todavía la influencia teocrática: entónces hay delitos espirituales y delitos temporales, penas religiosas y penas civiles; pero entónces tambien la ley civil, inspirada por el pensamiento religioso, adopta una parte de los delitos puramente religiosos y los convierte en delitos civiles. Los vicios figuran igualmente en los códigos criminales de esta época.

Tal estado de cosas debió durar hasta el momento en que se separaron ambos poderes, reconociendo uno de ellos al ménos, el poder civil, que su mision no es hacer reinar tal creencia religiosa ó tal culto con preferencia á tal otro, sino símplemente proteger todos los cultos y todas las creencias como bienes y derechos de los particulares. Pero es necesario para que una sociedad llegue á este estado, que haya sido devorada ántes por las guerras religiosas, que haya reflexionado profundamente sobre la naturaleza y la mision del poder civil, que haya distinguido la sociedad política de la eclesiástica, que haya reconocido el carácter espiritual en el fondo de esta última, que se haya apercibido de que la base del derecho de soberanía no está á merced de una secta religiosa cualquiera, y que este derecho tiene su razon en la naturaleza de las cosas, en la misma sociedad civil, y en los principios puramente racionales que la rigen.

Entónces y sólo entónces, el hombre se distingue del sectario, y comprende que como legislador no debe profesar otro culto que el de la justicia á fin de poder protegerlos todos. El hombre, aparte de su carácter de legislador, conserva el derecho de profesar las creencias religiosas que quiera, ó de no profesar ninguna. Este es un derecho para él muy estimable, y por lo mismo que conoce todo su valor, respeta, en lo que concierne á este derecho, la libertad de los demás, borrando del código criminal toda pena contra las faltas que son únicamente del dominio de la conciencia individual, y que sólo pueden ser castigadas por la misma autoridad religiosa con penas puramente disciplinarias, aceptadas libremente por el que las sufre, y de las cuales la mayor es la excomunion que sólo alcanza á los rebeldes.

La libertad de abandonar un culto como la de excluir de él, debe ser protegida en todos los que no quieran formar parte de aquella comunion religiosa, ó que encuentran en los afiliados tales disidencias que hubiera peligro para la sociedad espiritual en conservar en su seno tan profun-

das incoherencias. Esta es la quinta evolucion del progreso.

Hay una última en que comprende el legislador que no tiene ya la mision de hacer respetar, directamente al ménos, ó por los medios penales, las costumbres privadas propiamente llamadas religiosas.

La gran mision del legislador es la equidad; es decir, las relaciones de puro derecho, á las cuales está subordinado el mismo interés del bien público. La moral, sobre todo la privada (la que sólo mira á las relaciones del agente consigo mismo), sólo debe ocupar al legislador en cuanto ataque á un derecho estrictamente exigible, y no solamente porque las infracciones de este derecho se opongan á ciertas preocupaciones de secta ó lastimen esquisitas susceptibilidades.

Para que un delito pueda ser castigado por el legislador, debe tener un carácter social y atacar verdaderos derechos privados ó públicos, ó amenazarlos de una manera tan inminente, que deba reprimirlos ó prevenirlos una autoridad protectora: es necesario, pues, que un delito sea un mal real ó tan probable que resulte de él una perturbacion en la sociedad.

Necesítase, ademas, que tenga un carácter tan manifiestamente reprensible que no pueda excusarse, ora no figure en el número de los señalados por el legislador, ya se halle implícita y evidentemente comprendido en ellos.

Mejor sería aún que todos los delitos estuvieran siempre claramente definidos, y positivamente señalada la pena que les corresponde, en la esencia al ménos, si no en el grado.

Era, pues, un vicio en la legislacion romana el atenerse en este punto á las disposiciones de las leyes primitivas que estaban léjos de haberlo previsto todo, y el de agrupar, por una analogía con frecuencia poco escrupulosa fundada en las apariencias, los delitos no previstos por la ley con otros contra los cuales se habían sancionado penas, por ejemplo, el robo sacrílego con el parricidio, la prevaricacion de los jueces con el envenenamiento y el asesinato (1).

---

(1) V. *Ensayo sobre las leyes criminales de los Romanos*, etc., por Mr. Ed. Laboulaye, p. 190 y sig

Los emperadores de la China, en su Código penal, mandan juz-

Solo el delito legal ó previsto y definido por la ley, debería ser punible en toda nacion culta que posee una ley penal escrita. Un delito que no hubiera sido previsto por el legislador ó que dejara pasar impune despues de haber llegado á su conocimiento, no puede ser ni muy grave ni muy frecuente.

Importa que los delitos se hallen bien definidos, á fin de no confundir acciones criminales muy distintas; y no es esto todo: es necesario que tengan diferentes nombres, porque lo que no tiene nombre, no existe, por decirlo así, más que en el espíritu, ó tiende al ménos á confundirse con otras cosas que en algunos puntos se les parecen. En este sentido puede decirse con Bonald que una idea conocida es una idea nombrada.

Nombrar los delitos es, por lo tanto, especificarlos, y estas especies sólo serían nominales si la ley no determinase con cuidado sus caracteres; pero desde el momento en que los determina, es necesario que concurran todos para que pueda afirmarse el delito especificado.

Importa, pues, distinguir en los delitos tres clases de caracteres: genéricos los unos que dan á conocer la existencia del delito, específicos los otros que permiten clasificarlo en tal ó cual categoría, y por último, caracteres accesorios que determinan la gravedad.

Las legislaciones orientales y la griega y romana (por lo ménos hasta la época de las Doce-Tablas) no han penetrado bastante en la distincion de estas tres clases de caracteres; y si la legislacion romana posterior y las legislaciones modernas han sido más sábias, más profundas y más verdaderas, han dejado todavía mucho que hacer á los Solones de los tiempos modernos.

---

gar por analogía las especies que no hayan sido previstas por la ley. (*Código penal de la China*, t. I, p. 75).

§ II.

Progresos relativos á la division de los delitos.

SUMARIO.

1. Dos grandes clases de delitos absolutos: ó relativos.—2. Necesidad de proclamar las leyes que constituyen los segundos.—3. Otra division de los delitos, tomada de su naturaleza ó del derecho lesionado.—4. Entre los salvajes no hay division ó clases de delitos, ni penas razonables y constantes.—5. En las leyes penales del Oriente hay poco órden.—6. Division de los delitos en públicos y en privados.—Su condicion.—Ministerio público.—Feliz institucion.—7. Opinion pública.—Autoridad religiosa; su esfera propia.—Arcadio y Honorio; sus imitadores.—Leyes romanas sobre la persecucion del adulterio.—8. Otras divisiones de los delitos.—De qué dependen.

Hay dos grandes clases de delitos, segun que son absolutos ó relativos; es decir, segun que son esencial y evidentemente tales, ó que no lo son, por el contrario, sino en virtud de circunstancias particulares que puede muy bien ignorar el agente, ó de consecuencias que no puede prever.

Los delitos relativos necesitan principalmente ser proclamados por las leyes, y estas leyes deben á su vez ser materia de una enseñanza, ó por lo ménos de una promulgacion universal y real: á esta clase pertenecen casi todos los delitos de policía.

Otra division natural de los delitos se deriva de la naturaleza del daño causado ó del derecho lesionado; pero que un derecho pueda ser violado bajo muchos aspectos, no es razon para hacer tantas clases de delitos como grados sensibles de lesion haya en él; pues evidentemente la lesion es la misma en cuanto á la naturaleza ó á la cualidad. Y luego, ¿cómo señalar positivamente grados en la continuidad?

Esto no quiere decir, sin embargo, que el juez, en la apreciacion de los hechos, no deba tener en cuenta la diversa intensidad del mal ocasionado y la mala intencion que haya podido haber. No; aquí no se trata sino de la base de una division de delitos, y de ninguna manera de una distincion más ó ménos precisa, pero necesaria siempre, de los grados de culpabilidad.

Por lo demás, sólo la ciencia, y por consiguiente la re-

flexion sistemática, es la que divide y clasifica; mas para dividir y clasificar, es necesario tambien valerse del medio de la escritura ó de otros signos de anotacion.

Entre los salvajes no hay division ó clasificacion aparente de los delitos, sino sólo distincion de casos particulares, y penas impuestas por costumbre; pero siempre es necesario que haya una reserva y que no la quebrante con sus caprichos y pasiones del momento una autoridad despótica.

Las leyes de Moisés, las de Manú, las de Zoroastro, y sobre todo las de Mahoma, presentan poco órden en su redaccion.

Es verdad que la mayor parte de ellas han sido formadas segun las necesidades, y que son, no tanto un código sistemático, que una coleccion de leyes diversas.

De cualquier manera que sea, la division más comun de los delitos en públicos y privados, segun que su persecucion se permitía y áun se ordenaba á todos los ciudadanos, ó se dejaba á voluntad de los interesados, sólo puede encontrarse en los pueblos en que el interés social se distingue del interés privado y se pone aquél bajo la custodia de todos.

Es un nuevo grado de perfeccion y un signo de fuerza y de seguridad pública, y principalmente una medida de moral social, el haber instituido una magistratura que representa el órden público y la vigilancia tutelar de la sociedad entera sobre los derechos y los intereses de los débiles. Todo se halla conciliado, la seguridad pública y la proteccion debida á la desgracia y á la impotencia; y por otra parte desaparece ese espíritu de hostilidad y de animosidad que mantenía entre los ciudadanos, de indivíduo á indivíduo y de familia á familia, el papel de acusador.

Es tambien un nuevo progreso el haber sabido distinguir los delitos que interesan verdaderamente al órden público de aquellos otros que no le afectan ó que le afectan de una manera muy indirecta. La honra, la tranquilidad de las familias y el respeto de sus propios intereses merecen consideraciones, y ademas, el fuero interno y la opinion pública son dos autoridades, dos tribunales, á los cuales hay que dar una parte tanto mayor cuanto más importantes son.

Es, pues, una nueva ventaja la existencia de esta doble autoridad; pero no puede establecerse y perfeccionarse sino

á condicion de que exista libertad é instruccion moral y religiosa: el despotismo civil y clerical sólo tienden á la opreción de los sentimientos y de los pensamientos.

Hay todavía otra autoridad moral que, para ser saludable, necesita ser libremente aceptada y guardada: tal es la autoridad religiosa, á la cual es necesario darle la jurisdiccion que le corresponde; habíendo sido una verdadera falta por parte de los emperadores Arcadio, Honorio y Teodosio, el haber puesto la heregía de los maniqueos en el número de los crímenes públicos (1).

Con frecuencia en tiempos posteriores, so pretexto de fortalecer á la Iglesia, se la ha debilitado realmente, ya usurpando sus atribuciones, ya excediéndose en sus propias penas, ya en fin haciéndola odiosa con una alianza tan monstruosa como tiránica.

Fué tambien una doble falta por parte de las leyes romanas el haber puesto el adulterio en el número de los crímenes públicos, y el haber obligado al marido de una mujer infiel á revelar su propio infortunio: esta era una de las mil exigencias excesivas del interés público entre los Romanos.

Los jurisconsultos dividen tambien los crímenes segun su mayor ó menor gravedad, segun la naturaleza de la pena que les corresponde, la clase de tribunal que debe juzgarlos, el género de pruebas más á propósito para aclararlos, la naturaleza del derecho que violan, la cualidad de la persona ofendida, etc.

Todas estas divisiones dependen de puntos de vista diversos y prueban un progreso en el estudio de la criminalidad. La ciencia vive de especulaciones multiplicadas, distintás, comparadas, clasificadas y razonadas. La unidad que no es el resultado de la síntesis científica, es una unidad ignorante que confunde sin unir; es la unidad de las tinieblas y del cáos, y no la de la luz y de la armonía.

---

(1) L. 4, Cod., *De heræticis*.

§ III.

De los progresos de las ideas respecto al paciente y al agente en los delitos.

SUMARIO.

1. Delitos ficticios; de dónde resultan.—2. Lo que hay de relativamente útil en algunos de estos errores.—3 Responsabilidad personal ó civil al ménos.—4. Solidaridad algunas veces justa y necesaria.—Condiciones.—5. Apreciacion de los grados del delito —Condicion de los delincuentes.—Igualdad ante la ley penal;—consecuencias de la igualdad ante la ley civil.—6. Distincion entre la tentativa del delito y el delito mismo.—7. Moderacion de la pena respecto á ciertos grados de culpabilidad.—8. Dudas sobre la cuestion de la agravacion de la pena á consecuencia de reincidencia.—9. Cuestion de la complicidad.—Participaciones diversas.

Al punto que la imaginacion humana ha convertido los séres inamimados en sensibles, y éstos en séres racionales, y que despues de haber elevado la creacion inferior al nivel del hombre, ha hecho descender á la Divinidad al rango de los mortales, ha creido lógicamente hacer un crímen de actos inocentes ó que sólo son reprensibles bajo el punto de vista moral. Así pues, por virtud de una ilusion de la fantasía han podido ciertas legislaciones primitivas ver delitos punibles como atentatorios á una verdadera personalidad en actos que no hacían sufrir más que á una sensibilidad ficticia ó á una sensibilidad desprovista de razon.

Pero es un paso hacia la verdad el haber puesto bajo la proteccion de este error á los animales útiles, y otro el haber castigado los actos irracionales como contrarios á la moralidad pública y al interés privado.

En virtud del mismo error, era muy natural que se pensase que podía pecar el animal y que se abrigase la idea de castigarle; pero el legislador que se aprovechó de este error para calmar el resentimiento, para inspirar horror al crímen, para borrar su recuerdo, haciendo desaparecer la causa ó el instrumento, aunque inocente, del mal que se deploraba, ese legislador dió pruebas de gran sabiduría.

Empero, fué superado, sin embargo, por el que hizo conocer al pueblo que el animal no es una persona moral; que puede muy bien entregársele á quien sufre daños ó acciden-

tes por él ocasionados, pero no á titulo de pena sino de indemnizacion, y si se sustrae por la muerte á la vista del público es por un interés moral, y de ninguna manera por un espíritu de equidad penal.

Realizóse un tercer progreso en la imputabilidad cuando se libró de toda responsabilidad, civil al ménos, á las personas ajenas al delito, por ejemplo, á la familia del culpable, á su tribu y á su nacion. Este es ya un gran esfuerzo del espíritu humano, no habiendo recibido aún plena consagracion, al ménos en sus consecuencias, por parte de los legisladores que parecen profesarlo con más conviccion, el principio de que todas las faltas son personales. Sin duda al consagrarle se pierden garantías, pero el triunfo de la justicia es olvidar sus intereses en frente del derecho, y su alta sabiduría el apercibirse de que no hay interés verdadero sino en la equidad.

Digamos, sin embargo, que esta solidaridad es á veces tan justa como necesaria, pero á condicion de que haya habido falta moral real ó presumible, y que la pena sea puramente pecuniaria: sin esta responsabilidad, el delito quedaría impune y el perjuicio sin reparacion.

Despues de haber referido el delito á su única y verdadera causa moral, resta todavía apreciarlo en su verdadero grado, y este tercer progreso en la apreciacion del delito no es más fácil que el precedente, pues depende de tantos datos, de tantas circunstancias, y de circunstancias por lo comun tan delicadas y tan difíciles de comprender y pesar, que es ya mucho reconocerlas y admitir el principio. Se puede, sin embargo, clasificarlas en dos categorías, segun que son objetivas ó subjetivas, es decir, segun que se refieren al hecho, al delito, á sus circunstancias exteriores y á las personas que las sufren, ó por el contrario, se refieren al estado moral del agente. La primera clase es de la que se han preocupado primero los hombres áun instintivamente; la segunda ha sido desconocida por más tiempo.

Pero lo que no se ha dejado de hacer, y no es más que una injusticia sobre otra injusticia, es ver una mayor culpabilidad en el hombre á quien la violencia ó las preocupaciones sociales han puesto por bajo de otro, que en aquel que es de una condicion superior. Es sin duda un progreso la igualdad ante la ley penal, pero no la hallamos sino despues de la igualdad civil.

A consecuencia de una legítima distincion entre la moral y el derecho, gran número de legisladores modernos no señalan la misma pena para la tentativa del delito que para el delito consumado.

Por un principio de humanidad más bien que por un principio de justicia, conténtanse con aplicar la pena merecida por el delito más grave, cuando se han cometido muchos á un tiempo por el mismo agente, y por consideraciones análogas han hecho abstraccion de las circunstancias agravantes cuando el delito merecía la pena capital, pues se corrompe la humanidad y se corrompe uno mismo mostrándose atroz áun en nombre de la justicia. Hay un grado de maldad que no debe castigar la sociedad con la pena, y que parece reservado al soberano juez: basta al hombre si no quiere vengarse, ponerse por la pena al abrigo de las tentativas de los más culpables.

La circunstancia de la reincidencia es muy propia para ocasionar escrúpulos, disidencias y controversias que parece no haber ocupado á los antiguos: es ya bastante el exámen y la duda sobre materias que el espíritu humano aceptaba otras veces con entera confianza. Quien no sabe dudar, con frecuencia no sabe ver.

Las mismas vacilaciones han producido distinciones llenas de verdad y de justicia en la cuestion de la complicidad. Se puede uno engañar en muy diversos grados en una accion culpable, desde la confidencia más pasiva á la más esencial cooperacion.

No bastaría, sin embargo, distinguir grados en la participacion material en el delito; es necesario ademas distinguir la participacion puramente moral y negativa de la positiva y jurídica, y reconocer que la ley civil no tiene la mision de castigar la primera. Los teólogos, dispuestos siempre á no ver los actos humanos sino bajo el punto de vista del fuero interno, se han engañado siempre aunque hayan tenido por objeto la represion civil, y despues de ellos tambien se han engañado los legisladores. Una cosa es la responsabilidad moral y otra la responsabilidad civil: no se ha incurrido necesariamente en la segunda cuando se ha incurrido en la primera; lo contrario sería ya más verdadero; pero aún podrían señalarse nuevas excepciones.

§ IV.

Movimiento de las ideas respecto á la cesacion de la culpabilidad.

SUMARIO.

1. Inocencia relativa del culpable que ha sufrido su castigo.—2. Sentimientos instintivos contrarios.—3. ¿En dónde está la verdad?—Explicacion.—Error: la pena purifica moralmente.—4. Otro error de los pueblos poco cultos: el arrepentimiento no purifica moralmente.—El cristianismo ha visto bien en este punto.—5. Tercer error: pena impuesta á los muertos.—6. Prescripcion de la persecucion ó de la pena.—La sociedad debe tranquilizarse.

Es notable que los salvajes, los bárbaros y los pueblos medio civilizados no vean un culpable en el hombre que ha sufrido ya su pena; pero nuestros sentimientos son más tenaces, pues necesitamos hacer un gran esfuerzo sobre nosotros mismos para dejar de considerar culpable al hombre que ha satisfecho á la justicia criminal. Quizá esto no sea más que desconfianza; pero esta misma desconfianza podría ser injusta; quizá no sea más que incertidumbre, pero la duda, cuando es permitida, no deja de ser una desgracia para quien es objeto de ella.

Esta diferente manera de ver en los pueblos poco civilizados todavía y en los pueblos modernos, ¿acusa á éstos últimos? Así lo parece; pero cuando se explica la causa de aquel fenómeno, comprendese que toda la razon la tienen los pueblos modernos.

Si algunos pueblos antiguos ó poco civilizados ven una rehabilitacion moral y civil en la pena sufrida, es porque conciben el delito como un mal que la pena hacía desaparecer necesariamente, como una mancha que el sufrimiento borra, como una deuda que satisface el dolor, como un accidente acaecido en la moral del hombre, que disipa otro accidente. Tal es la teoría de la expiacion, teoría cuyo carácter superficial y falso se encarga, como se ve, de revelar la historia misma, á pesar de las contrarias apariencias.

Para los modernos, como á los ojos de la verdad misma,

el culpable que ha pagado su deuda á la justicia humana, puede haber conservado una secreta afeccion, una secreta inclinacion al mal, y siempre hay contra él más sospechas que si no hubiera delinquido: por otra parte, la experiencia demuestra cada dia que la pena y la enmienda son dos cosas muy diferentes. Una vista todavía oscura de la razon deja apercibir tambien que nada absolutamente hay de comun entre la culpabilidad y la pena. Habíase concebido el mal moral como una semejanza de un mal físico susceptible de ser reparado; idea falsa, puesto que el mal moral no es como un vaso que se rompe y se reemplaza, sino una disposicion del espíritu, y principalmente del corazon, que puede cambiar en ocasiones la pena, pero que no la cambia necesariamente. Hé aquí lo que han comprendido los pueblos modernos y lo que les tiene justamente en guardia contra los que han sufrido condenas criminales.

Otro error de los pueblos poco cultos es que la sola pena no expía ni hace cambiar al culpable: por el contrario, el sólo arrepentimiento, la *conversion*, es lo que obra el milagro de la rehabilitacion moral. Es una inmensa gloria para el cristianismo el haberlo reconocido y proclamado así, el haber dirigido en este sentido toda su disciplina penitenciaria y el haber puesto en ello todo su fin y no en otra parte. Ya sabemos que á esto parece dirigir tambien sus últimos esfuerzos la penalidad moderna, mil veces más cristiana en este punto que lo eran todas las legislaciones civiles de los tiempos anteriores. Toman así un carácter moral, muy laudable, sin duda, pero que no podría sin peligro hacerles olvidar que ante todo tienen que cumplir una mision externa de utilidad social y de justicia.

Un tercer error que han disipado los tiempos y la cultura es el que llevaba á perseguir los restos mortales de un acusado ó de un condenado, encarnizándose en sus despojos materiales y en su memoria, como si la sociedad tuviera la mision de restablecer el órden absoluto, como si Dios no existiese ó los hombres no tuvieran ninguna fé en su justicia, y como si la muerte no pusiera necesariamente fuera de los tribunales humanos al que ya no puede nada ni en pró ni en contra de sus semejantes.

¿No es por ventura un progreso moral el haber comprendido que la sociedad debe aplacarse con el tiempo; que los remordimientos, el temor ó el destierro, han castigado

suficientemente al que durante mucho tiempo se ha sustraido á la vindicta pública; que el recuerdo y las consecuencias morales de su crímen se han borrado en gran parte, y que por otra parte, no puede considerársele exento de pena, ni áun externa, puesto que ha tenido que expatriarse cubierto de oprobio?

CAPITULO II.

PROGRESO DE LAS IDEAS RELATIVAMENTE Á LAS PENAS.

§ I.

Relativamente al fin de la pena.

SUMARIO.

1. La venganza, primer móvil de la pena.—Este es uno de los caracteres de la vida salvaje.—2. Solidaridad de la pena y del derecho ó del deber de castigar entre los miembros de la misma familia y de la misma comunidad.—3. Venganza asumida por el poder venal, ó remitida á él por los miembros de la comunidad.—Apoyo social prestado en un principio á los particulares.—Apoyo desinteresado despues: pasa por un deber capital de la soberanía.—Fases de la venganza en la justicia penal.—4. Fase de la expiacion.—Cómo apareció.—Su carácter religioso.—Carácter de la penalidad bajo el imperio de esta idea.—5. Nueva base dada al derecho de castigar: el talion.—Sus excesos.—Fundado primero en la absoluta igualdad, descansó luego sobre la igualdad proporcional.—6. Utilidad de la pena para el culpable y para la sociedad; otro principio de la penalidad.—Arrepentimiento.—Ejemplaridad.—7. Principio de justicia, base de la penalidad.—Inseparable de la utilidad social y unido á la utilidad individual del culpable, á la simpatía.—8. Sistema penitenciario; su utilidad; sus peligros.—Reflexiones.—9. Conclusion: Principio compuesto.—Sus ventajas sin inconvenientes.

I. 1.° El primer movimiento del hombre que sufre una injusticia, es el de satisfacer el resentimiento que ha experimentado, cuyo movimiento corresponde todavia á la naturaleza animal: así, pues, la primera razon de las penas ha sido la *venganza*, que es uno de los caracteres de la vida salvaje. La necesidad de castigar á un culpable es una de las más imperiosas y durables, y para satisfacerla se sacrifica todo, hasta la propia vida. En una sociedad en que la autoridad no tiene fuerza, que se halla siempre á punto de disolverse y reformarse, en que el hombre solo ve en sus semejantes un auxiliar y no un dueño, en que el jefe es elegido y aceptado sólo á este título, todas las injurias son personales al principio, y sólo los que las sufren tienen el

cuidado de vengarlas, lo cual es tanto peor para el débil y para la víctima.

2.° El segundo paso de la penalidad se halla marcado por la solidaridad entre los miembros de la familia: la injuria hecha á uno de ellos es sufrida por todos, y la venganza se convierte en una cuestion doméstica, siendo un derecho, un deber que es comun como la sangre, y que pasa del padre al hijo y del hermano al hermano; pero aquí concluye la solidaridad.

3.° Cuando muchas familias se hallan unidas por más fuertes lazos, cuando forman todas un solo cuerpo y se ven en la necesidad de unirse estrechamente para defenderse contra otros grupos ó para atacarlos, entónces nace el espíritu de corporacion; todos los miembros que la forman tienen una utilidad, un precio para los otros; los servicios recíprocos, la amistad y la unidad de intereses dan orígen á la unidad de sentimientos; el sentimiento experimentado por uno de los miembros de un cuerpo social particular, y por oposicion á otro cuerpo rival ó enemigo, es participado por todos los otros miembros ó por el mayor número. Por otra parte, el jefe de esta comunidad adquiere fácilmente el hábito de identificarse con todos aquellos que sirven de instrumento á su grandeza y poder; los protege como hombres suyos, como cosa suya, y faltarles es ultrajarle á él mismo: la causa personal conviértese así en nacional, y la venganza toma un carácter público que le vale el nombre de guerra.

4.° Desde que se establece una verdadera autoridad civil no puede ésta ménos de comprender que debe proteger á los que gobierna, no solamente contra los extranjeros ó los enemigos, sino tambien contra los malhechores de dentro. Dicha autoridad tiene la mision de hacer reinar el órden y de sostener los derechos del débil contra el fuerte, y cree al principio haber hecho bastante permitiendo la venganza personal ó doméstica, es decir, impidiendo que el culpable se sustraiga al castigo que merece, del cual se hace juez el ofendido, y áun entregándole á discrecion de aquel cuya cólera ha provocado. No comprende todavía que tambien el culpable tiene sus derechos, y que su delito tiene una medida que no puede exceder la pena.

Es más, hácese pagar esta cooperacion á la venganza por el que la obtiene, si no puede ser pagada por el que la

ha hecho necesaria. Así, la vindicta pública comienza por ser un auxilio pagado por los particulares.

Más tarde comprende la autoridad que este servicio es esencialmente público, que es su primer deber, que el pobre ó el débil no pueden quedar sin venganza porque sea débil ó pobre, que, por el contrario, por esto mismo deben ser vengados por el poder establecido. Entónces la justicia penal toma un carácter de alta funcion pública, forma parte esencial de las atribuciones y deberes de la soberanía, llega á ser una deuda de la sociedad para con todos los miembros que la componen, es un servicio público pagado por el tesoro y se considera desde entónces gratuita para todo el mundo: tal es la primera fase de la justicia penal, la fase de la venganza.

II. El hombre es un sér religioso á la vez que un sér político; sus ideas en este punto son muy precoces, pero envueltas primero, oscuras, llenas de superticiones y de exajerado misticismo. El supernaturalismo le envuelve y le ahoga; la naturaleza es para él una revelacion permanente llena de misterios; en todas partes ve lo divino sin comprender á Dios todavía: todo es Dios; su naturaleza, su orígen, su vida y su destino, son para él no ménos incomprensibles, no ménos misteriosos y divinos que todo lo demás. Siéntese débil, pasivo, y es arrastrado con frecuencia de una manera terrible; recógese en sí mismo y se pregunta lo que ha hecho para merecer tantas miserias; su conciencia moral despertada y excitada por las relaciones domésticas y sociales, no tarda en ponerle en relacion con el poder irresistible é invisible que gobierna al mundo y al que concibe por analogía con él, á quien hace hombre, en una palabra.

Conocé la venganza que mil veces se ha agitado en su seno; no puede ménos de confesarse culpable; una voz que no es la suya, y á la cual no domina, pero que le habla del fondo mismo de su sér, le dice que es digno de castigo; que no depende solamente de la débil autoridad de un monarca, por absoluto y poderoso que parezca, sino de ese poder misterioso, universal y omnipotente que rige al Universo y que dispone del hombre á su albedrio.

Hé aquí el lenguaje que emplea ya consigo mismo cuando todavía no es más que miembro de una familia ó de una débil sociedad civil; cuando la religion no tiene otro culto

que el personal ó doméstico, ni otro pontífice que el padre de familia. Pero las sociedades humanas no están mucho tiempo sin religiones, es decir, sin una religion pública que tenga sus ritos, sus ceremonias y sus sacerdotes, y toda religion tiene necesariamente una parte en las costumbres como en las creencias, en las costumbres públicas como en las privadas. De aquí la importancia moral del sacerdote. Pero ¿qué podría ser esta importancia si el sacerdote no se hiciese eco de la conciencia humana, si empleara otro lenguaje que el del oráculo que ha establecido su santuario en el fondo de nuestra alma? El sacerdote pasará por emplear el lenguaje de la Divinidad, por quien será inspirado, y proclamará en nombre de los dioses la culpabilidad en los delitos y la necesidad moral de la pena á título de *expiacion*: de aquí el carácter religioso de la pena. No es ya al hombre ni á su necesidad de venganza á quien se trata de satisfacer castigando, sino al mismo Dios; y si el culpable no desaparece de la sociedad, ésta, toda entera, se hace, por decirlo así, cómplice de él, é incurre en la cólera del cielo, porque éste es el que quiere el castigo con más vehemencia que el ofendido y que la sociedad: no perdona, y si lo hace, sólo es excepcionalmente y por signos visibles. Para aplacarle se necesita sangre y víctimas, y sólo sus sacerdotes poseen el secreto de aplacarle cuando puede ser aplacado: de aquí la intervencion y la influencia del sacerdocio en las instituciones penales. Y como los dioses no se contentan con poco, como son ellos los principales ofendidos en todo delito, la penalidad toma entónces un carácter de severidad sombría, misteriosa y terrible. El culpable es consagrado á los dioses; es una víctima obligada: *Sacer esto*, cuya penalidad es muy á propósito para aterrorizar al criminal más resuelto. Así es cómo la religion, al intervenir en los asuntos humanos, toma bajo su proteccion la justicia y el derecho, y sus mismos excesos son en cierto modo de utilidad pública, porque en ellos sólo es terrible para el malvado: el hombre de bien obtiene ciertas ventajas de los mismos rigores de una penalidad que es considerada por la muchedumbre como principio de justicia; pero estas ventajas no son puras, sino en tanto que la penalidad no sale de la esfera del derecho estricto.

III. En efecto, como nada hay verdaderamente útil sino la verdad; como las ideas y los sentimientos que respiran

una ferocidad fanática corrompen las almas llevándolas á esta crueldad; como el mismo sacerdote tiende á pervertir el sentimiento religioso y á desnaturalizar la nocion de la justicia criminal, ya dictando penas que considera tanto más á propósito para aplacar la cólera del cielo cuanto más terribles son, ya sustituyendo á las penas vanas ceremonias expiatorias que sólo él puede practicar, cuyo secreto sólo él conoce y que hacen su ministerio tan precioso como necesario; como tambien la razon al desarrollarse debe apercibirse de que la justicia penal ha de ser considerada de hombre á hombre, salvo el dejar á la Divinidad el cuidado de ejercerla á su placer; y por último, como la justicia penal así considerada toma un aspecto más claro y definido y debe tener reglas determinadas, dióse una base nueva al derecho de castigar, y se determinó la naturaleza y la medida de la pena por la naturaleza y medida del delito: de aquí el *talion*.

El progreso era inmenso: la pena se hallaba circunscrita y no dependía ya de la arbitrariedad; no se dejaba á la insaciable venganza personal, al capricho de la vindicta pública, al fanatismo religioso ó á la discrecion de un sacerdocio supersticioso é interesado en hacerse necesario; tomó proporciones humanas, se fundó ó creyó fundarse en el gran principio de la equidad ó le proclamó al ménos, y por consiguiente, lo entregó á las meditaciones de los filósofos y de los legisladores.

Sin embargo, comprendióse con el tiempo que el talion no era de tan fácil y justa aplicacion como había parecido en un principio, y se hicieron muy sérias objeciones á esta base de la penalidad. Sin duda es justo hacer sufrir á una persona el mismo daño que ha pretendido causar á otro; ¿pero cuál es el grado de esta voluntad; cuáles son los motivos? ¿Es verdaderamente ilustrada y suficientemente libre? Por otra parte, ¿es siempre posible causar el mismo mal? ¿Cómo deshonrar al que se halla deshonrado en la opinion pública? ¿Cómo privar al ladron de los bienes que no tiene? ¿Cómo, á pretexto de vengar la moral pública ultrajada, imponer penas que reprueba esta misma moral? ¿Sería el rico tan castigado como el pobre, sufriría en sus bienes una pérdida tan grande como la que ha ocasionado al pobre, si no fuera castigado en razon de su fortuna ántes que en razon del daño que ha causado? Los malos tra-

tamientos que hace sufrir el hombre duro y grosero á una persona delicada, ¿serían suficientemente castigados por tratamientos idénticos? El tuerto que saca un ojo á alguno que tiene su vista completa, ¿sería condenado á perder el único que le queda? Echáronse de ver estas y otras muchas dificultades, lo que fué causa de dos profundas modificaciones en el principio del talion. Se reconoció que la igualdad absoluta no sería con frecuencia más que una profunda desigualdad, y que independientemente de las circunstancias que dan al delito más ó ménos gravedad, era necesario admitir en el talion una semejanza de *analogía* más bien que una semejanza real, y una igualdad *proporcional* antes que una igualdad absoluta. Hé aquí, pues, modificado el talion en cuanto al grado y á la naturaleza de la pena, hasta el punto de quedar casi desconocido. Lo que se conservó de él, sobre todo respecto á la *analogía*, hizo con frecuencia pernicioso el principio: así, por ejemplo, por una especie de analogía se cortaba la mano al ladron y se desfiguraba á la mujer cuya belleza y encantos habían sido para ella ocasion de caida (1).

IV. Hasta aquí el indivíduo, la sociedad y el mismo sacerdote han castigado al culpable por un interés público, privado ó religioso, pero sin preocuparse todavía de su enmienda: había venganza y ya algo de justicia, pero no había aún moralidad, la cual será sugerida primero por el interés social: se comprenderá que si el delito no es bastante grave para merecer la muerte, el destierro ó la reclusion perpétua, importa que el culpable vuelva á la sociedad con disposiciones diferentes de las que le han alejado de ella momentáneamente, ó que le han debido hacer que se arrepienta del abuso de su libertad. Se tratará, pues, de corregirle por la pena, no tanto para hacerle mejor, como para hacerle ménos peligroso; pero la religion, que tiene

(1) A pesar de esta severidad, el principio del talion evitó aquí cierto exceso. Más vale perder la mano ó la nariz y los ojos, que la vida; y una ordenanza de Federico II imponía la pena de muerte al que robase por valor de cinco sueldos, disposicion que conservó Cárlos V. En tiempo de Luis XI se enterró viva á una mujer por haber robado. El adulterio, como se sabe, fué castigado de muerte muchas veces.—Véase para la historia de la legislacion en este ramo, á Alexandri ab Alexandro, *Geniales dies*, IV, 1; Tiragueau, *Leges connub.*, 13; Bodin, Republ., t. I.

miras más elevadas, trabajará de concierto con la sociedad civil en un fin á la vez más desinteresado y más importante para el condenado; aspirará á su mejoramiento y á su cambio, y pondrá la pena á contribucion para obtenerlo. Querrá el bien moral del culpable, mientras que la sociedad sólo pretende su propia seguridad; y como ésta será toda su aspiracion, no se entregará ya á la venganza por el placer de la venganza; no querrá ya la pena por la satisfaccion de establecer una especie de ecuacion ó de proporcion matemática, sino que será necesario que la pena le sea útil, pues de otro modo renunciará á ella.

La *utilidad* es, por lo tanto, el cuarto grado de perfeccion que el legislador busca en la pena. Ya en este caso concibe primero la pena bajo el punto de vista que acabo de señalar, es decir, como garantía contra la reincidencia; pero no tarda en comprender que lo que puede aprovechar al culpable puede ser tambien útil á los que intentaran imitarle, y de aquí la publicidad dada al juicio y sobre todo á la pena; de aquí la ejemplaridad.

Sin duda se necesita que una pena sea necesaria á la sociedad ó que se pueda por lo ménos considerarla útil, para que racionalmente se pueda imponerla. Evidentemente el principio de la utilidad es muy superior á los precedentes; pero téngase en cuenta que si la pena no tuviese otro fin ni otra regla, no se seguiría solamente que no se castigase miéntras en ello no hubiese interés, sino que se castigaría siempre que se creyera resultar algun provecho público en la pena, y no tendría ésta otra medida que el éxito moral que se espera de la ejemplaridad; de tal suerte, que las penas no se considerarían suficientemente ejemplares miéntras no fuesen bastante aterradoras para contener á todos aquellos que trataran de faltar á la justicia. Sería, pues, necesario en este sistema, si se había de proceder con lógica, elevar definidamente las penas, ponerlas siempre por encima del nivel del crímen y aumentar incesantemente su severidad, hasta que en fin, ni un solo hombre de espíritu sano intententase incurrir en ellas. Ni las leyes de Dracon se hallarían á la altura del sistema: con la muerte serían necesarios los suplicios; y áun esto tampoco bastaría, pues si el hombre dispusiera del infierno, el infierno no sería bastante.

El quinto progreso que deben realizar las legislaciones

penales es el de la justicia. Pero ¿en qué consiste esta justicia? Digámoslo una vez más: la única condicion de la justicia, así en materia criminal como en materia civil, consiste en una reciprocidad perfecta. Es verdad que esta perfeccion es difícil de indicar en la ley, y difícil tambien de realizar en la práctica; pero este es, sin embargo, el fin comun del legislador y del juez. No pudiendo dar el primero sino reglas generales y debiendo por consiguiente mantenerse en las regiones abstractas, sólo puede trazar al juez la marcha que debe seguir, y éste obra sobre lo concreto, sobre la realidad viviente: sólo él puede tenerlo todo en cuenta y ajustar su sentencia al grado presumible de culpabilidad. Se dirá que en todas las cosas la perfeccion es un ideal: convengo en ello; pero siempre se necesita un ideal y es necesario aspirar á él, aunque no se pueda realizar. Pero el que no pueda realizarse la perfeccion no es seguramente una razon para no evitar con gran cuidado las mayores imperfecciones, aquellas al ménos de que podemos librarnos.

VI. Digamos, sin embargo, que si la justicia absoluta debe servirnos de barrera en la ley penal, es únicamente en un sentido: que sólo se halla destinada á preservarnos de excesos, teniendo una virtud más bien negativa que positiva. Esto es aun lo que importa comprender. El hombre no tiene la mision de hacer reinar la justicia absoluta, ni podría conseguirlo aunque lo intentara: para ello no tiene bastante precision su balanza, su mano no es bastante segura, su juicio es muy imperfecto y sus investigaciones harto impotentes con frecuencia. Pero por limitada que sea su naturaleza moral, es de equidad y de justicia; es tambien una naturaleza simpática ó asequible á la piedad y á la misericordia; es ademas una naturaleza bienhechora ó que no se contenta con abstenerse del mal y compadecerse misericordiosamente del que sufren sus semejantes; y si ésta es su naturaleza moral toda entera, es conveniente, es justo que todos los elementos que la constituyen tengan su lugar en un sistema verdaderamente humano de legislacion penal. Hasta ahora hemos visto aparecer sucesivamente una pasion hostil y antipática, la venganza, despues el interés, y luego la fria y negativa justicia: fáltanos tambien la simpatía ó el interés del culpable. El del ofendido, el de la Divinidad, el de la sociedad, y por último el de la justicia

todos han tenido su parte de influencia; pero queda un interés que tambien tiene su derecho, el del culpable. A la simpatía toca hacerle valer y á la razon el señalarle su lugar y su importancia en la ley penal.

Hoy este elemento, que no ha contribuido poco á desarrollar el espíritu cristiano y cuya causa no ha sido nunca más calurosamente defendida que en nuestros tiempos; hoy que el cristianismo, dígase lo que se quiera en contrario, se muestra tanto más poderoso y tanto más saludable en sus efectos cuanto más puro se halla de toda violencia, cuanto más libre es la razon en su vuelo hacia él, y más libre por consiguiente de abrazarle con amor y reconocimiento, ó de esperar de él sus inspiraciones, de seguir tranquilamente sus obras y de estudiar friamente su espíritu; hoy, decimos, que la naturaleza moral y religiosa del hombre se desarrolla libremente en todos sentidos en las primeras naciones del mundo, se ha tomado tan en cuenta el interés del culpable, que amenaza tener, como han tenido todos los elementos, una preponderancia muy marcada y casi exclusiva. El sistema penitenciario es una admirable expresion de esto: el régimen que en él se sigue y el espíritu de la institucion, todo respira piedad ántes que cólera ó una equidad fria; y la moral y la benevolencia parecen haber invadido ya una parte del lugar reservado á la justicia. Por otra parte, el sistema de la justicia absoluta no ha tenido jamás un gran éxito; su triunfo no ha sido completo más que en el espíritu de algunos filósofos de una nacion vecina, y este triunfo sistemático, contrabalanceado en la misma nacion por el sistema de la intimidacion ó de la utilidad por instituciones antiguas y profundamente identificadas con las costumbres públicas, ha ejercido sobre la legislacion una influencia muy limitada. No sucede lo mismo con el sistema penitenciario y con el espíritu que lo inspira, el cual no se encuentra ya en el estado de especulacion pura, sino que ha entrado en la realidad práctica de la vida de muchas naciones, y se mantiene en ellas, se extiende y se perfecciona, siendo objeto de ambicion de un gran número de pueblos que no lo poseen todavía. En todas partes donde la moralidad, la dignidad, el bienestar y la vida del individuo tienen un alto precio, debe penetrar y naturalizarse el sistema penitenciario.

Guardémosnos, sin embargo, de conceder demasiado al

sentimiento que representa esta institucion, pues por una parte, el dulcificarlo con exceso es enervar la pena, alentar á los malvados y perjudicar á las personas honradas (1), en lo cual habría verdadera inhumanidad pretendiendo ser excesivamente humanos. La simpatía no debe llegar hasta la debilidad, si no quiere estar en contradiccion consigo misma. Por otra parte, el interés moral debe tener tambien su medida: si la sociedad no tiene la mision de hacer reinar la justicia absoluta, hállase quizá ménos destinada todavía á hacer reinar la absoluta moralidad: tiene más necesidad de justicia que de benevolencia, y tampoco puede exigir á sus miembros nada que exceda los límites de la estricta equidad. El poder social no se halla, pues, obligado á dar más garantías.

Observemos, ademas, que si la pena no es considerada más que como un régimen moral destinado á hacer recobrar al culpable la salud del alma, será necesario reconocer estas tres desastrosas consecuencias: 1.ª, el que se curase ántes de haber sido aplicado el remedio debería ser dispensado de sufrir este régimen curativo; 2.ª, el que pareciera haber recobrado el sentido y la voluntad del bien, no debería ser sometido más largo tiempo á un tratamiento ya inútil que podría llegar á ser peligroso, porque los remedios son mal sanos en el estado de salud; 3.ª, y por último, el que se mostrara incorregible á todos los medios ordinarios, debería ser abandonado como un enfermo incurable, ó tratado por medios heróicos. Estos medios podrían traspasar los límites que la justicia autoriza, y tambien por este lado como por el de la utilidad pública sacada de la ejemplaridad, se puede caer en los excesos de la barbarie y de la atrocidad. Por lo tanto, tambien se llega al absurdo y á la injusticia partiendo sólo del interés moral del culpable: en este punto tambien debe servir de barrera la justicia.

VII. ¿Qué otra cosa podemos concluir de todo esto, sino que los sistemas absolutos, aunque ménos malos los unos que los otros, no producen todos sus buenos efectos, sin que haya que temer sus excesos, hasta que se combinan y se limitan mútuamente?

El sétimo y último paso en el camino del perfecciona-

---

(1) *Bonis nocet qui malis parcet*, (Pabl. Syr.)

miento sería, pues, un sistema penal *complexo* que tuviera el interés público por móvil, la medida de este interés por regla, la justicia por barrera, y la mejora del culpable en su propio interés por fin accesorio ó de caridad, porque ya su mejora está comprendida en el interés social.

De esta manera la sociedad no castiga cuando no tiene interés en hacerlo; no castiga sino en la justa medida, y se detiene ante la justicia social, si esta justicia exige, á pesar de la apariencia de un interés contrario, ó que no haya pena, ó que ésta no exceda de tales límites. Todavía de esta manera la sociedad quiere la mejora moral, pero no la busca sino indirectamente por la vía penal, es decir, deja al culpable el derecho de ser perverso en lo que no concierne inmediatamente á la justicia social; no le exige tampoco el sentimiento del respeto de los derechos ajenos, sino únicamente el respeto en accion, es decir, la abstencion real; y no traspasa para obtenerlo, y ménos aún para obtener más, el límite señalado por la justicia, tanto en la eleccion como en el grado de la pena.

Este sistema hállase en las necesidades de los tiempos, y germina en más de una inteligencia: su fórmula ha sido ya ensayada ántes de nosotros, pero creemos haber arrojado más luz sobre ella.

§ II.

Del progreso de las ideas relativamente al derecho de castigar y al poder en quien este reside.

SUMARIO.

1. Duda que se suscita en los tiempos modernos sobre el derecho de castigar. Significacion y valor de esta duda.—2. En qué casos tiene el indivíduo el derecho de castigar. Este derecho pertenece en la sociedad á la autoridad comun.—3. El pueblo podría ejercer este derecho.—Inconvenientes.—Juicios de competencia.

I. La humanidad ha comenzado por castigar, y hasta mucho más tarde no se ha preguntado si tenía el derecho de hacerlo. Esta duda es un progreso, no solamente porque revela una nueva reflexion y un grado mayor de pensamiento, sino tambien porque se halla fundada en el principio de que el hombre no tiene realmente la mision de castigar por castigar, puesto que no es el regulador del mundo: este cuidado, este derecho pertenece al autor de todas las cosas, único que tiene inteligencia y poder propios para hacer reinar el órden moral como el órden físico.

Pero si el hombre no tiene la mision de velar por el mantenimiento del órden moral absoluto, tiene la de sujetarse á él en todo aquello que le interesa; tiene el derecho y el deber de conservarse, y los que le han negado el derecho de castigar no le niegan el de defenderse. Pero la defensa no es la pena, y el hombre tiene tambien el derecho y el poder de resguardarse de los posibles ataques castigando los efectivos dentro de los límites de la justicia: no se halla obligado á castigar, y si lo hace debe encerrarse en un círculo que él no ha trazado, pero que le revela su propia razon.

II. En cuanto al poder que tiene el derecho de castigar, es el mismo indivíduo ofendido, si no tiene superior que le sea comun con el ofensor (1), y al que pueda pedir justicia. Bien sé que esta opinion ha sido combatida, pero no discuto

(1) Sea dicho con las reservas necesarias respecto á las cuestiones de derecho internacional.

ya, sino que afirmo los resultados de las discusiones precedentes.

En el caso contrario, es decir, si el ofendido y el ofensor se hallan sometidos á una autoridad comun, ésta ha recibido necesariamente la mision implícita ó explícita de mantener el órden, y por consiguiente de restablecerlo si fuera turbado. Este es, por otra parte, el interés de todos: el ofendido puede carecer de la fuerza necesaria para castigar, y el mismo ofensor necesita una garantía de que no será castigado con mayor dureza de la que merezca su falta.

La justicia penal requiere, por tanto, ser ejercida por una mano imparcial y fuerte, y esta mano es la del soberano.

El pueblo reunido podría sin duda ejercer este derecho; pero su juicio sería verdaderamente ménos seguro. Por otra parte, si procedía por órden de la autoridad, la representaría y formaría un gran tribunal; y si procedía por el contrario de su jefe, su sentencia sólo sería el fruto de la pasion y del motin. Las *sentencias de celo* (1) y las ejecuciones que les seguían no son más que verdaderos tumultos, en que no sale muy bien librada la justicia. Esta manera de instruir un proceso criminal y de ejecutar la sentencia puede ser más segura que la que resulta de la venganza personal y doméstica, y puede caracterizar el primer grado de la vida social; pero de seguro no pertenece al segundo. No es compatible con una autoridad publica constiuida, y sólo es regular en una aglomeracion de hombres; pero de ninguna suerte en una verdadera sociedad, en donde hay un jefe y subordinados.

(1) Se les creía fundados en el *Deuteronomio*, XIII, 1-9, y los *Números*. XXV, 1-13.

§ III.

Del movimiento progresivo de las ideas respecto á las cualidades y á los grados de la pena.

SUMARIO.

1. Condiciones de la eficacia y de la justicia de las penas.—Diferencia entre estas dos cosas.—2. Una justicia penal para todos. —Falsas distinciones.—3. Arbitrariedad y error en las bases de la eleccion de las penas y en su graduacion.—Atroces extravagancias de las leyes de magestad y otras leyes públicas.—4. Medida sucesiva de las penas.—Escala móvil.—Categoría de los delitos y de las penas.—Fijacion de los grados extremos de la pena.—5. Perjudicial influencia de las denominaciones.—Consecuencias.—6. Resúmen de la cuestion.

I. Para que las penas sean eficaces y justas á un mismo tiempo, se requieren muchas condiciones; y en primer término la eficacia se obtiene por la justicia, pero no recíprocamente. Sin embargo, muchas veces se ha creido, ó ha parecido creerse que una pena era suficientemente justa cuando era eficaz ó parecía serlo, lo cual es un error capital del sistema de la intimidacion.

Difícilmente es una pena justa si carece de analogía, de proporcion y de divisibilidad, y si no es susceptible de ser comparada con otras. Si es irrevocable, todavía puede ser justa; pero la cuestion está en que no sea aplicada entónces sino en los casos en que es evidente la culpabilidad; pero es esencialmente injusta cuando su grado se halla en razon inversa de la culpabilidad, lo que sucede cuando es más severa para el pueblo que para el hombre cuyo nacimiento, educacion y fortuna han debido ser un freno tanto más poderoso, cuanto más fortificado era ó debía ser por el temor de la opinion pública. Todo hombre elevado que desciende al nivel del crímen, cae necesariamente más bajo que el criminal vulgar, y su degradacion es tanto mayor, cuanto más viles han sido los motivos.

Y, sin embargo, esta desigualdad en la distribucion de la justicia penal ha dejado huellas en toda la historia. ¿Podia suceder de otro modo con la institucion de la esclavitud antigua, de la servidumbre y de los privilegios modernos?

¡Qué terrible destino podría estar reservado á un pueblo en que la vida del hombre más inofensivo y más útil pudiera ser arrebatada so pretexto de que el asesino era de condicion superior! Una ley de Polonia ponía á cubierto de toda persecucion al noble que mataba á un campesino, y quedaba libre con tal de poner un ducado sobre el cuerpo de su víctima (1). ¿Una sociedad que llega á tal estado, no es una sociedad juzgada?

II. Miéntras sólo se ha atendido á la utilidad en la pena, es decir, á la ejemplaridad, ha debido carecer de la doble proporcion que constituye la justicia, tanto absoluta como relativa. Una pena ha debido estar con frecuencia sin relacion ya con el delito que castiga, ya con las otras penas, regulándosela sobre el interés que se unía al derecho que sancionaba, sobre el grado de la tentacion que se suponía al violarla y sobre el número probable de los que podían sucumbir á ella. Esto explica cómo podía ser ahorcado un hombre por haber matado un pichon en un lugar más bien que en otro. Si se seguían otras bases en la determinacion del grado de la pena, era más por instinto que por principio ó por reflexion. Nada más imperfecto y arbitrario que la escala de los delitos y las penas, que en vez de estar fundada en la justicia absoluta, lo estaba en las pasiones y en los caprichos, ó mejor aún, no se fundaba en nada. ¡Qué confusion, qué cáos el de una legislacion en que era un crímen análogo y del mismo grado un delito de lesa-majestad, el atentar á la vida del soberano y el ir al sillico con un anillo que tuviera su efigie (2)! Comprendo que estas son las le-

---

(1) Sidney, *Del Gobierno*, cap. 3, secc. 10.

(2) Es muy natural que el crímen de lesa-majestad tome un carácter de culpabilidad tanto mayor, cuanto más se acerca al despotismo el poder soberano. Cuando más incontestable es un poder, más sagrado parece á quien se halla revestido de él; de tal suerte, que el orgullo humano, llevado hasta el delirio, ha podido hacer creer á los déspotas que eran especie de dioses, y que ninguna pena era bastante fuerte tratándose de reprimir los atentados contra su persona sagrada. En los pueblos en que el poder es una delegacion ó una tolerancia, en aquellos en que el poder soberano se halla dividido y limitado, aunque sea hereditario, parecen ménos graves los ataques que se le dirigen. Un soberano que castiga á los conspiradores y rebeldes, parece más bien ejercer una venganza que un derecho reconocido, y desde que toma posesion del poder quien de él se ha apoderado, cometería grandisima falta ejerciéndolo mal ó no sabiendo conservarlo. Así los Francos apénas conocieron el crímen de sedicion miéntras conservaron su primitiva constitucion: los hombres libres no pertenecían á nadie; podían ser castigados como

yes de un déspota; pero recuérdense tambien las de nuestros reyes: hasta el último siglo, por ejemplo, era un caso real, una especie de traicion, un crímen de lesa-majestad, en fin, el forzar las puertas de una prision ó escalar los muros de una ciudad en tiempo de guerra, y áun hoy mismo, un infeliz soldado francés que no ha podido resistir al deseo de ver á su madre enferma, y que se ha escapado por dos veces para ir á su lado, es condenado á expiar este acto de indisciplina con trabajos forzados á perpetuidad (4).

Las penas no tuvieron al principio otra medida que el grado de resentimiento de los que las imponían.

Más tarde, desde que han tenido cierto carácter de fijeza, es decir, desde que el jefe ó el déspota han hecho de esto regla de conducta, han sido graduadas bien ó mal como entre los bárbaros, pero con una inflexibilidad absoluta.

En época posterior, y despues de haberse comprendido que esta rigurosa fijeza cuadra mal con los hechos morales tan variados y diversos, se ha hecho la regla muy flexible, dejando al juez la facultad de bajar ó de subir indefinidamente la escala de la penalidad, al ménos en cierto órden de hechos.

Más tarde aún, es decir, despues de la reforma del siglo XVIII, se ha sentido la necesidad de circunscribir la libertad del juez sin perjuicio para el condenado. Se ha hecho, por lo tanto, categorías de delitos, especies nominales, tales como el robo, la muerte, etc., en las que se han concebido diversos grados de culpabilidad, pero fuera de los cuales no hay ni muerte ni robo, sin preocuparse mucho por lo demás de si habría allí alguna otra falta (*dolus malus*) digna de castigo. Habría sido necesario cambiar la denominacion, pasar de un cuadro de hechos á otro, complicándose por lo

---

desertores si abandonaban al jefe que se habían dado para una expedicion, pero no se hallaban obligados á serle fieles indefinidamente. La ley de los Ripuarios establece la multa de 60 *solidi* y la confiscacion de bienes contra el que es infiel al rey; y si Carlo-Magno decreta la pena de muerte contra los Sajones rebeldes, obraba como vencedor y como déspota más bien que como jefe de pueblos libres. En una ley hecha para el resto del imperio, este mismo príncipe había ordenado simplemente que se ahogaran las conspiraciones separando á los conjurados. (*Capit.*, año 798.—*Capit.*, año 794, c. 29.—Aimoin. lib. IV, c. 83 y 90).

(1) V. *Diario de la moral cristiana,* con ocasion de la memoria publicada por el Ministro de Marina sobre el estado de las cárceles en 1.º de Enero de 1846.

tanto la obra legislativa. Se ha preferido un poco ménos de verdad, de profundidad, de exactitud y de naturalidad, pero alguna más claridad y sencillez.

Una vez adoptado este partido, lo demás era sumamente fácil, bastando con establecer un máximum y un mínimum, entre cuyos dos extremos solamente podía fluctuar el juez, pero no tenía el derecho, el último juez al ménos, de cambiar la especie. Se le definió la muerte, y si no la encuentra en los hechos, no halla culpabilidad de esta naturaleza, ni halla ninguna, porque no tiene facultades para buscar otra: absuelve ó remite la causa á otro juez, á otro tribunal, lo cual es una lentitud y un vicio, principalmente cuando un tribunal superior se halla obligado á remitirla á otro inferior. La facultad de salir de la fórmula, de la designacion y de la categoría es mucho más fácil en una organizacion judicial en que las clasificaciones de los delitos no son atributivas de jurisdiccion, y en que el juez criminal es único y puede conocer en toda clase de delitos y de todos los grados, en cuyo caso puede moverse libremente en la escala de la penalidad desde el grado más alto al más bajo, y si há lugar, corregir los crímenes, no ver en los delitos sino simples contravenciones y recíprocamente, segun las circunstancias.

Esta perniciosa influencia de las denominaciones ha hecho pensar muy prudentemente á los jurisconsultos que las cuestiones que se han de plantear en el jurado no deben presentarse así con el rigorismo técnico; no se debe preguntar si tal hecho entra en tal definicion, sino si tal hecho caracterizado en términos vulgares ó por una circunlocucion que explique su naturaleza, se ha realizado ó no.

Y no es esto todo, porque la respuesta podría ser negativa sin que fuera merecida la sentencia de absolucion: sería necesario, pués, plantear una cuestion subsidiaria que comprendiese el hecho recriminado, tal como ha tenido lugar, con su naturaleza criminal de un carácter cualquiera, salvo el clasificarle luégo.

Pero entónces el juez llamado á pronunciar la sentencia, podría verse obligado á salir del cuadro en donde primeramente se hallaba encerrado en apariencia, y bajar del mínimum, es decir, cambiar por completo la naturaleza de la pena, sin preocuparse de la denominacion primitiva.

Tal es la situacion en que se le coloca actualmente en

muchas legislaciones contemporáneas, y tal es la verdadera extension de su poder discrecional.

En resúmen:

1.° Un poder discrecional absoluto, tanto sobre la eleccion de la pena, como sobre su grado: estado salvaje en donde ni áun hay costumbres establecidas.

2.° Una pena de un grado invariablemente determinado para tal delito, previsto con más ó ménos precision, pero al cual sería necesario absolutamente adaptar el hecho que se aproxima más á él que á cualquiera otro igualmente previsto: legislacion de los tiempos bárbaros y de la Edad Media.

3.° Géneros de delitos previstos, especies más descuidadas, sub-especies casi abandonadas, géneros y especies de penas confiadas al juez, á quien se deja el cuidado de formar la escala entera: legislacion de los tiempos modernos. La jurisprudencia se forma de las reglas y de las prácticas del derecho romano, del derecho canónico y de las propias inspiraciones; peró participa tambien de la legislacion bárbara en que aplica un gran número de penas indivisibles, como el fuego, el patíbulo, la rueda, la degollacion, y en una palabra, el último suplicio bajo todas sus formas, incluso la mutilacion, á delitos que considera más bien bajo su aspecto material ú objetivo, que bajo su aspecto moral ó formal. La árida sencillez y la inexactitud de abstraccion se encuentran aquí todavía, pero con penas más terribles.

4.° Una clase de penas indicadas para una clase de delitos, pero con estas dos diferencias: 1.ª, que estos géneros son determinados más naturalmente; 2.ª, que un máximum y un mínimum limitan más generalmente el poder del juez.

5.° En fin, se concede al juez la facultad de sujetarse más á los hechos que á las denominaciones, más al espíritu que á la letra. El legislador reconoce la imposibilidad, la inutilidad y áun el peligro de preverlo todo y de determinarlo todo, y no da ya sus categorías sino como cuadros elásticos que el juez está llamado á llenar còn inteligencia y conciencia. El juez puede bajar del mínimum, pero haciendo una nueva calificacion del hecho; pero no puede pasar del máximum, á no ser que haya habido un gravísimo error en la primera calificacion.

Si los hechos dan al delito imputado otras proporciones, otra fisonomía, el cambio de la pena que se sigue no es ya

una diferencia en el grado, sino en la naturaleza, á pesar de las semejanzas que podrían existir entre las penas de una clase de delitos y las de otros. Otra nueva circunstancia que distingue el poder discrecional del actual juez del poder del antiguo, de aquel juez al ménos que no tenía el derecho de castigar arbitrariamente.

§ IV.

Movimiento progresivo en la variedad y la eleccion de las penas.

SUMARIO.

1. Eleccion instintiva al principio; pena generalmente corporal.—2. Pena pecuniaria despues.—No hay sistema penal absolutamente simple.—3. Penas morales en tercer lugar; exclusion de la ciudad.—4. Estas tres clases de penas se entienden de distinto modo, segun los tiempos y los países.—5. Diferencia en este punto entre las legislaciones antiguas y las modernas.—6. Diferentes capas de civilizacion.—7. Del carácter de la penalidad segun los grados de civilizacion, los pueblos y las épocas.—8. El movimiento realizado en la reforma de las penas corporales se observa en las penas pecuniarias.—9. Confusion de las penas y de las reparaciones civiles en el principio.—10. Progresos en la penalidad moral.—Sus diversidades; infamia;—muerte civil.

El primer movimiento de quien recibe una ofensa, principalmente cuando esta ofensa es un atentado directo á su persona, es hacer sufrir al agente el castigo que cree merecer. ¿Y cómo desquitarse en su hacienda si no posee nada? En el principio, pues, la espontaneidad de la venganza y la natural privacion de fortuna del hombre hicieron recurrir á penas aflictivas.

Pero tan pronto como la propiedad se constituyó algo más extensamente (pues no ha habido período de la humanidad en que aquélla no haya existido en algun grado), y se sintieron mejor las necesidades de la vida y fueron mejor comprendidos los cambios de la fortuna, pusiéronse entónces por encima de todo los bienes materiales, y se ejerció la venganza destruyéndolos, ó se castigó obligando á abandonarlos.

Si las penas aflictivas han sido las primeras en uso, las pecuniarias han debido ser las segundas; pero conservando siempre las unas una preponderancia marcada sobre las otras.

La sencillez es primeramente una necesidad para el hombre, y hasta mucho más tarde no fué producto de la reflexion y de la ciencia. La sencillez de las primeras edades, así en el órden moral como en el órden técnico, es la de la impotencia, y excluye la diversidad y la armonía, su-

poniéndola, por el contrario, en las edades más avanzadas. Sucede con las instituciones como con las máquinas: comienzan por la unidad simple; continúan por una gran complexidad de ruedas, por no saber economizar los medios para llegar al fin, y concluyen por obtener el resultado apetecido simplificándose por la modificacion y combinacion más afortunada de las partes que las componen. Aumento de potencia, economía de fuerza, más rapidez en los movimientos, mayor variedad en los resultados: tal es el fruto de una simplicidad que consiste en la unidad combinada de las partes de un organismo físico ó moral.

Al principio nada de ciencia; nada más que ensayos resultantes de combinaciones débiles. La síntesis es simple entónces, porque comienza y el espíritu humano es débil; ese espíritu, que aún no ha comenzado á desarrollarse, sin cultura todavía, sin ejercicio, sin instrumentos propios para ayudarle, sin método, en una palabra.

Su primer progreso puede consistir muy bien en pasar de un órden de ideas simples á otro, por ejemplo, de un sistema de penas puramente aflictivas á otro casi exclusivamente pecuniario. Este es un cambio, una prueba de movilidad en las ideas, movilidad sin la que no habría cambio posible, y por consiguiente progreso.

Esto no quiere decir que todo cambio sea absolutamente una mejora; pero es sin embargo un bien, puesto que es una nueva tentativa, un ensayo, un descubrimiento; y en este caso es algo más, porque es mejor que el hombre pague con su propiedad que con su persona: se compra su mano, su cabeza, como decían las leyes bárbaras.

Observemos á este propósito que el hombre, al pasar de un sistema de penalidad simple á otro, no había olvidado el primero que le servía de base del segundo, no siendo éste, bajo ciertos puntos de vista, sino la figura de aquél: el uno no excluía necesariamente al otro, y con frecuencia se dejaba al culpable la eleccion; la pena aflictiva se acumulaba á veces á la pecuniaria, debiendo salir un dia de estos ensayos un nuevo sistema más perfecto que el primero.

Un espíritu teórico se habría elevado de una vez á los mismos principios de la diversidad de las penas; habría determinado primeramente las diferentes maneras de afectar la sensibilidad humana, y en caso necesario, las diversas especies de lesiones á las cuales nos hallamos expues-

tos por parte de nuestros semejantes, le habrían revelado instantáneamente todos los medios de llevar el sufrimiento y con el sufrimiento la pena al alma del hombre. Pero en un principio sólo se atendió al medio más ámplio, y la sensibilidad física fué la que ofreció más ancho campo; luego se tuvo en cuenta la sensibilidad moral que resultaba del apego á las cosas, como condicion de la existencia y del bienestar.

Más tarde, habiéndose desarrollado otra clase de sensibilidad moral, ofrecióse al legislador otro medio de pena contra el culpable. Cuando los derechos de la familia y los de la ciudad se hicieron más extensos, y el papel de cada cual llegó á ser más importante, más ventajoso, más querido y más ambicionado, entónces se pudo pensar en la creacion de un nuevo órden de penas, las penas morales propiamente dichas ó penas infamantes; pero este tercer órden de penas dejó subsistir los dos precedentes, porque es de más limitada aplicacion y sólo se ha ofrecido generalmente en una época de civilizacion adelantada.

Sin embargo, no nos engañemos en esto: encuéntrase en gérmen este sistema en ciertos pueblos semi-salvajes en que la pena más severa consiste en ser desterrado de la tríbu. Entre los Griegos y los Romanos, como para todos los hombres que tienen una patria y la aman, el destierro, la interdiccion del agua y del fuego, era una gran pena; pero esta especie de pena, la completa privacion de la ciudad, lleva consigo muchos perjuicios materiales para que sea considerada por los pueblos poco civilizados más como física que como pena moral. En nuestras sociedades modernas se considera, por el contrario, más bien moral que física, y por eso comunmente es la accesoria de otras penas.

Si volvemos ahora á las tres clases de penas cuyo orígen sabemos, echaremos de ver que han sido entendidas de muy diversa manera segun los tiempos.

Las penas corporales se han impuesto primero bajo la influencia del talion; pero áun en aquella época un gran número de delitos eran castigados más severamente que consiente este principio: la pena de muerte se prodigaba, la mutilacion era muy frecuente y los suplicios ordinarios, ejerciéndose todavía la venganza.

Tres grandes diferencias distinguen en este punto á las legislaciones modernas de las antiguas: una mayor sobrie-

dad en las penas aflictivas, una proporcion mucho más justa entre los delitos y las penas, y el no tener ya éstas el carácter de venganza; pero, digámoslo con franqueza, estas tres ventajas no se reunen en el mismo grado en todas las legislaciones criminales de nuestra época, habiendo algunas en la misma Europa y á las puertas de Francia, que son más dignas de la Edad Media que del siglo XIX. Ha habido sin duda un tiempo en que todos los hombres estaban en la ignorancia, pero los progresos de los unos no han llevado consigo necesariamente los progresos de los otros, puesto que en una época cualquiera de la civilizacion encontramos todavía bárbaros y salvajes. Tenemos la esperanza de que un dia gozarán de los beneficios de la civilizacion todos los habitantes de la tierra; pero aún está muy lejano ese dia feliz.

La civilizacion presenta, pues, hasta ahora capas, de las cuales las más elevadas no han hecho desaparecer las más bajas asimilándoselas, y se puede, cambiando el teatro de la observacion, encontrar vivos aún todos los tiempos que han precedido al nuestro. Los salvajes y los bárbaros modernos reproducen las costumbres de los de otras épocas, y, por lo tanto, podemos estudiar el pasado en el presente.

Creeríase finalmente, aunque no nos lo atestiguara la experiencia, que los salvajes han tenido tambien su refinamiento de crueldad en la pena: la venganza, que es su pasion más viva, les ha dado una grande inventiva en el arte del dolor.

Sin embargo, es natural que los bárbaros, y entre ellos los más ardientes, los más apasionados, los del Oriente, los hayan excedido en crueldad: en Egipto, en Siria, en Persia y en la India, en las comarças, en fin, en que ha tomado orígen la civilizacion griega, el génio del mal parece haber imaginado todo género de suplicios.

La Grecia, mucho más ingeniosa, pero de un génio ménos sombrío, ménos místico y más acabado, si se me permite la frase, fué mucho ménos cruel; y la China, con su espíritu positivo, parece haberse preservado de este furor legal. No hablo ni de los Escitas, ni de los Germanos, ni de los Eslavos, los cuales pertenecían al Norte más que al Oriente, y entre los que parece no haber sido tan grande el génio del mal y la terrible pasion de hacerlo sufrir.

Los Romanos fueron aún mucho más moderados en sus penas que los Griegos, y se vanagloriaban con razon de esta ventaja, lo que prueba que la buscaban, y que la relativa benignidad de sus leyes penales era en ellos un efecto de la reflexion y de la prudencia de su espíritu, más bien que cuestion de temperamento.

Si los Germanos y los otros bárbaros fueron más crueles que los Romanos, es necesario reconocer que la facultad de rescatar ámpliamente toda pena, aunque proviniera de otro sentimiento que el de la justicia, fué sin embargo un progreso material. Ya era algo el poder comprar su cabeza con parte de su rebaño (1); y si esto era vender la sangre humana, faltar á la dignidad del hombre é incurrir en una bajeza, no era al ménos ferocidad, y la caida no fué tan grande que no se pudiera levantar de ella.

La Edad Media, haciendo renacer la servidumbre bajo otra forma, aunque mitigándola, debió llevar consigo un cierto desprecio de la humanidad y leyes más duras: sin embargo, el cristianismo ayudado del derecho romano concluyó generalmente por suavizarlas. El renacimiento de las letras griegas vino á dar nuevo vuelo al pensamiento cristiano; la filosofía, principalmente la de los siglos XIV y XV, suscitó ya grandes problemas; el pensamiento se desarrolló y el espíritu llegó á ser más fuerte. La reforma del siglo XVI le imprimió un movimiento mucho más poderoso; la reflexion filosófica hallábase en vísperas de gozar de toda su independencia; Descartes y su escuela la libertaron de los lazos de la escolástica y prepararon la libertad de pensamiento, que constituyó la fuerza del siglo siguiente.

La marcha es, pues, incesante y progresiva: la Edad Media con sus invasiones bárbaras, sus tinieblas y su feudalismo ha perturbado sin duda algo la transicion de la civilizacion romana á la moderna; pero esta perturbacion no ha impedido al espíritu filosófico cristiano abrirse paso y caminar. La época de nuestras guerras religiosas y civiles hállase caracterizada por una recrudescencia en la severidad de las penas aflictivas (2); y una agitacion saludable de los espíritus produjo al mismo tiempo esa necesidad de

---

(1) «Luitur homicidium certo armentorum ac pecorum numero, recipitque satisfactionem universa domus.» (Tacit. *De Mor. germ.)*

(2) Las ordenanzas de Francisco I, por ejemplo.

discusion y de exámen que más tarde no perdonará nada de lo que debe perecer: de esta manera el principio del mal pudo convertirse en principio del bien.

Sin embargo, hasta el siglo XVIII no debía declararse abiertamente la guerra á la legislacion bárbara aún, que la civilizacion llevaba consigo como un sudario que la envolvía. La pena de muerte, de la cual tanto se había abusado, fué impugnada hasta en su legitimidad, y desde esta época no ha cesado de realizarse el movimiento de reforma, que dista mucho de haberse cumplido ya (1).

Un movimiento análogo se observa en el órden de las penas pecuniarias. Todos los comienzos son débiles y todos los progresos lentos, así en el órden moral como en el físico: existe ya entre ciertos salvajes la facultad de rescatar la pena y de aplacar por medio de dones al que ha sido ofendido. Es verdad que esta no es aún la regla general, pero es ya la excepcion.

Una notable ley que ha presidido al desarrollo y al perfeccionamiento del sistema penal pecuniario, es que la composicion ha sido al principio voluntaria, y era necesario que fuese del agrado del ofendido, quien era libre de rechazarla y de sujetarse al primer sistema, el de las penas aflictivas, que era generalmente el talion. La composicion fué luego obligatoria, pero no regulada todavía, lo que ocasionó nuevas dificultades, siendo el juez el que la fijaba en cada caso particular de una manera un poco arbitraria. Para evitar este inconveniente, la ley procedió de una manera sistemática y general, regulando lo que debía darse por cada clase de delito.

El que se negaba á la composicion ó se vengaba despues de haberla recibido, era castigado doblemente.

Si la sangre debe pagar la sangre, y si era una especie de indignidad y de abuso el poner siempre las cosas en lugar de las personas; si la pena es una especie de sacrificio en el que el culpable es la víctima necesaria, es menester convenir en que los seis últimos siglos de la Edad Media levantaron considerablemente al hombre de este estado de abyeccion. La víctima fué mucho mejor escogida; quizá demasiado bien.

---

(1) En otra parte hablaremos de la de procedimiento criminal.

Ademas, estaban lejos de desaparecer las penas pecuniarias, haciéndose desde un principio en este género de penas una distincion que se encuentra en gérmen en las costumbres de muchas tribus muy poco civilizadas, en que el rey ó el jefe hace que se le dé una parte de la indemnizacion que impone á título de pena. Este es el principio del *fredum* y de la multa. En un grado superior de civilizacion, no se distinguen de la pena las reparaciones civiles, y no hay entónces penas pecuniarias propiamente dichas; pero con la distincion de la accion pública y de la accion privada aparece la del interés colectivo ó social y la del interés individual. Entónces la pena pecuniaria, que en un principio no tenía más que un fin, apareció tener dos: la composicion degeneró en multa y la multa pudo degenerar en confiscacion. Al lado del bien apareció el mal; pero el bien ha quedado y el mal ha desaparecido, puesto que la confiscacion general ha sido borrada de la legislacion penal de muchos pueblos.

La primera clase de pena infamante es la que impone espontáneamente la opinion; esta pena hiere el amor propio del que la sufre, le enajena la estimacion, la confianza y el interés, y tiende así á privarle de ciertas ventajas materiales al mismo tiempo que le priva de las ventajas morales. Estas son las que principalmente se ha querido arrebatar al instituir las penas infamantes, las cuales se dirigen principalmente al honor. Es de presumir que las primeras penas de este género se practicaron entre los guerreros, porque en la guerra es donde principalmente se engendra y desarrolla el espíritu de rivalidad. Los hombres han unido primero sus esfuerzos los unos contra los otros ántes de unirlos contra la naturaleza: casi la única cosa de que se enorgullecen los salvajes, es de haber dado muerte á un enemigo; sus títulos á la consideracion, á las distinciones sociales y al mando se hallan en razon directa del número de triunfos que han obtenido en la guerra, cuyos sangrientos trofeos conservan con cuidado, adornan con ellos sus personas, decoran sus cabañas y sus monumentos fúnebres.

Siendo las fuerzas físicas, y sobre todo el valor, el principio del honor militar, la primera manera de castigar á los hombres por este lado fué el hacerlos pasar por débiles y cobardes, y someterlos á operaciones que fuesen un signo

de su debilidad física y moral: así, por ejemplo, se practicaba una sangría al soldado romano que había carecido de valor, y se le hacía pasar por un yugo.

Una segunda clase de penas sugeridas por el ridículo que recae sobre las deformidades físicas ó morales, fué la de someter el cuerpo á una especie de degradacion permanente ó pasajera, segun que se le imprimiese un sello indeleble por la mutilacion ó la marca, ó se limitase á disfrazarle ó á hacerle practicar actos que excitasen la risa del pueblo: de aquí proceden el pilorí, la auténtica, la exposicion, y en una palabra, todos los tratamientos ignominiosos que han hecho sufrir á la persona física.

Sólo en una sociedad medianamente culta pueden ser considerados como bienes y privados como tales, los derechos políticos, civiles y de familia; y por lo tanto, este género de penas sólo puede venir en tercer lugar en el desarrollo progresivo de las penas infamantes.

No debemos creer, sin embargo, que la muerte civil, que es en rigor la privacion de todos los derechos sociales, fuese un progreso en la eleccion de las penas infamantes. En primer término, esta pena no es puramente moral, puesto que afecta directamente á la fortuna, y es ademas una grave inconsecuencia, porque quien no tiene derechos civiles, no podría subsistir en una sociedad ni áun como extranjero, toda vez que éste goza de todos los derechos naturales, y el muerto civilmente se halla privado de cierto número de ellos. Es una manera de desterrarle ménos franca y ménos lógica que la expulsion directa de la tribu que se encuentra ya entre los salvajes, y que la expulsion indirecta por la interdiccion del agua y del fuego como se practicaba entre los Romanos.

Tambien debemos hacer notar que esta pena, tomada de la ley romana, desaparece poco á poco de las legislaciones modernas, y que Francia en este punto no tiene ni la ventaja de haber dado el ejemplo de la reforma, ni áun el de haberla seguido con mucho celo (1): sin embargo, no se podría reprochar á sus jurisconsultos el haberse quedado atrás en esta materia (2).

---

(1) Cuando yo escribía esto, aún no había desaparecido de nuestra legislacion la muerte civil, habiendo subsistido en ella bastante tiempo para que se me perdone la crítica que de ella hago.

(2) Numerosas y autorizadas voces han reclamado solemnemente

Pero podemos decir con orgullo que nuestro país es uno de los en que mejor se ha sentido y respetado la dignidad del hombre, puesto que de todas las penas, tan numerosas otras veces, que producían el efecto moral de envilecer la naturaleza humana sometiendo á los culpables á tratamientos ignominiosos y convirtiéndolos en objeto de escarnio por parte de la plebe más inculta y grosera, no queda ya casi ninguna. Las penas infamantes han tomado en los pueblos civilizados el carácter decente y sério que es esencial á toda penalidad: á pesar suyo, con tristeza y con piedad debe el hombre hacer sufrir á su semejante; pues de otro modo hace de su infortunio objeto de diversion y de placer, se goza de su pena y comete un acto de inhumanidad y de barbarie. Por otra parte, nada contribuye más á quitar á la pena una parte de su eficacia moral sobre el paciente y sobre el público que el mezclar á ella un sentimiento de ultraje y de burla.

Es cierto, por tanto, que este tercer órden de penas no ofrece ménos progresos en la manera cómo es entendido y aplicado hoy, que los dos órdenes precedentes.

---

la abolicion de la muerte civil; reforma tanto más necesaria, cuanto que la muerte civil deja subsistente el lazo del matrimonio, privándole de todos sus efectos civiles. (Véase un excelente artículo de Fælio sobre este asunto, en la *Revista de derecho francés y extranjero*, Julio, 1845, p. 481 y sig.) «En ningun Estado de Europa, dice este sabio jurisconsulto, se encuentra establecida como en Francia la muerte civil. Entre los países en que se habia introducido con el Código civil francés, Bélgica y los Paises-Bajos la han abolido formalmente; en las Dos Sicilias y en el reino de Cerdeña se ha conservado con modificaciones, no ejerciendo en este último país ninguna influencia sobre el matrimonio del condenado. El nuevo Código del gran ducado de Baden la ha abolido implícitamente, y de los otros Estados alemanes, Baviera es el único que la ha admitido, siendo una consecuencia de la pena de cadena. En Inglaterra y en el resto de la Europa es desconocida la muerte civil.

§ V.

Del progreso en la legalidad de la pena.

SUMARIO.

1. La pena debe ser legal.—2. La pena no es al principio conminatoria, sino simplemente efectiva.—3. Toma luego un carácter habitual, tradicional.—4. La escritura tiende á perpetuar los hábitos.—5. El general asentimiento da á las penas una nueva autoridad.—6. La pena saca una nueva fuerza de su legitimidad racional ó absoluta.—7. Prueba histórica de esta marcha del espíritu humano.

No basta que una pena sea legítima ó equitativa y que pueda ser eficaz; es necesario tambien que sea legal; es decir, que debe ser la expresion de la voluntad del soberano, anticipada y notificada á todos aquellos á quienes interesa; y esta voluntad así manifestada es lo que le da el carácter legal.

En la infancia de las sociedades, la voluntad del padre de familia ó del jefe de la tríbu forma toda ley, y no necesita manifestarse préviamente ó bajo la forma de principio y de regla, revelándose sólo cuando es necesario: tampoco es preventiva, porque no prevée. No es, por lo tanto, conminatoria, sino simplemente efectiva.

Con el tiempo, esta voluntad suprema establece costumbres y áun principios, siendo natural que se imponga un mismo castigo por un delito igual. El pasado llega á ser una enseñanza para el porvenir; fórmase un uso legal, y se graba en los recuerdos y en las costumbres una ley penal, á la cual se halla sometido moralmente el mismo soberano, porque no se debe sufrir síno el castigo reservado al delito, y éste no puede ser otro que el que se impone ordinariamente: tal es el segundo grado de la formacion legal de la pena. Al principio, la voluntad del padre de familia ó del jefe de la tribu, cualquiera que sea, hace la ley, y más tarde, cuando se ha manifestado esta voluntad, todavía hace la ley; pero precisamente de la misma manera que se ha revelado, llegando á ser así su propia ley.

Cuanto más antiguas son las tradiciones, mayor y más

fuerte es la autoridad; y cuanto más impersonales son, más se hallan al abrigo de los cambios arbitrarios: para todos son un derecho adquirido y una obligacion que respetar; el soberano no es más que su instrumento, pero tiene el deber de hacerlas vivir y el pueblo el derecho de que se conserven y la obligacion de conformarse con ellas.

La escritura les da nueva vida y fuerza, puesto que las costumbres escritas son más inflexibles y su interpretacion mucho más fácil. Hasta entónces no eran más que usos; luego son verdaderas leyes expuestas á la vista de todos, manifestadas á todas las voluntades, y cuyo depósito no es ya solamente interior: conviértense por esto en cosas exteriores, por decirlo así; toman cuerpo, se objetivan y se personifican fuera; y son, por último, una autoridad, la autoridad visible, de la cual el magistrado no es más que el servidor y el órgano.

Y todavía adquieren una nueva fuerza, cuando en vez de ser una costumbre escrita y de tener un orígen individual quizá y la simpatía de los pueblos, son, por el contrario, la expresion de la razon y de la voluntad de los que se han de someter á ellas.

No ignoramos todo lo que se ha dicho en apoyo del prestigio de la impersonalidad de las leyes, de la santa y misteriosa oscuridad de las tradiciones, de la autoridad puramente exterior de que se hallan rodeadas y de la imposibilidad moral de mandarse á sí mismo, de respetar su propia voluntad, y de darse, en una palabra, leyes fuertes y durables. Los partidarios de esta opinion sólo olvidan dos cosas, pero dos cosas importantes: la primera es que este prestigio de la impersonalidad absoluta de las leyes, cuyo orígen se halla envuelto en las tinieblas del pasado, sólo lo es realmente para los pueblos todavía en la infancia, y deja de serlo para el espíritu crítico de los pueblos que han envejecido: la segunda cosa no ménos grave que no tienen presente estos críticos un poco perezosos, es que para los pueblos que ejercitan su razon, no hay más que una autoridad verdaderamente impersonal, la de la razon absoluta, que no está á la disposicion de nadie, que se halla por encima de las voluntades individuales y colectivas, que domina los tiempos y los lugares, y que condena inapelablemente todas las instituciones que se hallan en desacuerdo con la naturaleza y el destino del hombre, cualquiera que sea su antigüedad; y

precisamente esta razon soberana, su voluntad absoluta, es la que los pueblos adelantados pretenden hacer pasar cada dia á sus leyes: á ésta es á la que quieren tener por reina, á la que desean obedecer y á cuyos divinos mandatos adoran, porque en ella, más que al hombre, más que á la razon, ven á la razon en sí, á la Divinidad misma.

Así, todo pueblo que comienza por obedecer á la voluntad soberana de sus jefes, que hace luégo de esta voluntad una ley, un principio, una costumbre, que fija esta costumbre por la escritura, ó que se da á sí mismo leyes arbitrarias, cuya autoridad parece consolidarse con los siglos; todo pueblo que comienza así, repetimos, concluye siempre de otra manera. Al lado del espíritu antiguo, paralelamente al culto supersticioso de que rodea las viejas instituciones, se forma un espíritu nuevo, un culto que tiene por objeto otra divinidad. La jurisprudencia pretoriana, el espíritu filosófico y cristiano que vino á inspirar á los jurisconsultos, dejó subsistir la ley de las Doce-Tablas, la ley de los Quirites, la ley civil, en una palabra; pero la interpreta, establece excepciones, recurre á ficciones, emplea mil medios para burlarla, paralizarla ó suplantarla. En Inglaterra se hacía más todavía, se la hacía caer en desuso sin casi convenir en ella, ó si se le daba satisfaccion aplicándola, se satisfacía al espíritu moderno no ejecutando las sentencias dictadas en nombre del antiguo. ¿Dónde está, pues, el triunfo? ¿Dónde la fuerza? ¿Dónde la autoridad?

§ VI.

Progresos en la ejecucion de la pena.

SUMARIO.

1. El culpable entregado al ofendido.—2. Tibieza en la aplicacion de la pena por parte del poder, poco ilustrado aún sobre sus deberes. —Asilos destinados á los culpables.—Abusos.—Restriccion de estos abusos.

Cuando el poder público es todavía débil ó no comprende toda la extension de sus deberes, limítase á entregar al culpable á aquellos que le persiguen y que han obtenido un juicio de condenacion: algunas veces le abandona enteramente á discrecion de aquéllos, sin determinar la pena que deben imponerle.

En una época más adelantada, cuando el poder público comprende que no es solamente poder judicial, sino tambien poder ejecutivo; cuando todavía concede á la pena escaso interés y parece no considerar aún mision suya el derecho de castigar, sino que únicamente acepta esta carga á título demás fuerte y para satisfacer á los particulares, es muy tibio su celo para que se ejecuten sus propias sentencias, y si no favorece la evasion del acusado como en Atenas, abre asilos á los contumaces y á los condenados fugitivos, cualquiera que pueda ser la enormidad de su crímen: ejemplo de ello es lo que se practica en las islas de Sandwich. Este es el derecho de asilo en su más simple y absoluta expresion, pero tambien la más abusiva.

Este derecho, que se explica principalmente en las sociedades en que el pueblo se ha hecho justicia por sí mismo, ha sido encerrado en justos límites cuando sólo se ha concedido para esperar una informacion y una sentencia regulares, y no ha servido definitivamente de abrigo sino contra los injustos resentimientos. Tal fué su carácter en las instituciones hebráicas.

La piedad poco ilustrada de nuestros padres, al dar mayor extension al derecho de asilo, desconoció su verdadero espíritu; pero el abuso hizo desde los primeros momentos

sentir el remedio. Hoy que la existencia de este derecho se ha hecho inútil por la dulzura de nuestras costumbres y por la fuerza y buena organizacion del poder ejecutivo, el abuso ha desaparecido completamente con el uso mismo.

Ya no existe nada semejante, sino entre las naciones (1), y los gobiernos van extendiendo cada dia el derecho de extradicion.

(1) Excepto quizá para la violencia física en materia de deudas.

CAPITULO III.

PROGRESO DE LAS IDEAS SOBRE CADA CLASE DE DELITOS Y SOBRE LA MANERA DE CASTIGARLOS.

§ I.

De las diferentes maneras de considerar sucesivamente los delitos contra las personas y de castigarlos.

SUMARIO.

1. Para el homicidio, el talion primero.—Venganza de sangre, deber entre los parientes.— 2. Composicion despues; tolerada, protegida é impuesta.—Confusion de la pena y de la reparacion civil.—3. Vuelta á una justicia más sana: reparacion civil y penalidad, en la misma composicion primero y fuera de ella despues.—4. Pena de muerte aplicada con más sobriedad.—Propósito de abolirla; tentativas para ello.—5. Mejoras en la manera de aplicarla.—Supresion del suplicio propiamente dicho.—6. Infanticidio mejor comprendido en nuestros dias.—7. El suicidio y el duelo igualmente.—8. Las fases de la penalidad relativas al homicidio se encuentran proporcionalmente en la penalidad concerniente á los atentados contra las personas.—9. Circunstancias previstas y mal apreciadas por las leyes bárbaras;—prudentemente abandonadas más tarde á la apreciación de los jueces.—10. Sabiduría relativa de estas leyes.

I. Homicidio por homicidio, sangre por sangre, tal es el primer grito lanzado por la conciencia humana; este es el grito de la justicia cuando el homicidio es deliberado y querido con reflexion, y el matador del asesino restablece por sí la igualdad ante la ley, siendo la venganza de sangre un deber para los parientes de la víctima.

Pero esta venganza se ha complacido á veces en los dolores del suplicio, en cuyo caso desaparece la igualdad y comienza la injusticia.

Los hombres, haciéndose ménos crueles y más desinteresados, se aperciben de que la sangre derramada para vengar la sangre no aprovecha á nadie, de que la satisfaccion de la venganza es tan estéril como pasajera, y que era posible obtenerla, ménos viva quizá, pero de seguro más provechosa. Aceptó por lo tanto la composicion, en la

cual encontraron los jefes de las sociedades una ventaja pública y la alentaron, haciendo de ella luego una obligacion (1).

Pero fortificándose con el tiempo el sentimiento de la justicia y de la dignidad del hombre, elevóse por encima de la venganza y de la utilidad que podía resultar de la pena; se concibió claramente lo que ántes sólo había sido sentido, y se volvió á la justicia como á la regla verdadera. Esta justicia se descompuso naturalmente en dos partes: la reparacion civil debida á los que sufren con la muerte, y la reparacion al órden público representante de la justicia absoluta: esta última parecía exigir que la vida del asesino pagase la de la víctima, y por lo tanto, se pronunció la pena de muerte contra el homicida voluntario.

Sin que perdiera nada de su verdad ni de su pureza la nocion de la justicia, y despues de haberla aplicado con más escrúpulo al homicidio y de haber distinguido la desgracia, el arrebato y el crímen en su esencia, se comprendió que la justicia penal no es solamente un deber, sino que es un deber porque es un derecho, y que por consiguiente, la autoridad que impone la pena propiamente dicha, puede tambien perdonarla si lo exige la utilidad general y las costumbres públicas. Tambien se desistió alguna vez del derecho estricto; pero con más reflexion y por nuevos y poderosos motivos. La pena de muerte sólo se aplicó contra todo deseo y en los casos más imperiosos. Este es el estado de las legislaciones modernas más adelantadas.

Ha habido algunas que la han abolido por completo; pero no había llegado aún el tiempo de realizarse una reforma tan radical: las costumbres no eran todavía bastante dulces, ni el sistema de penalidad se hallaba suficientemente organizado.

El tiempo, sin duda, traerá consigo tan deseadas mejoras. Otros progresos se han realizado en la pena capi-

(1) La prueba del poco caso que se hacía entónces de la vida de un hombre, se halla en una disposicion de las Capitulares: el que había matado á su mujer y se volvía á casar, no tenía otra pena que el ser privado del derecho de llevar armas: *Quicumque uxore sine causa interfecta, aliam duxerit, armis depositis habeat penitentiam (Capit., leg.* 5). ¿Era esto por consideracion á la segunda mujer? Pues en este caso se tenía en poca estima á la primera. ¿Era por la consideracion de que podía dar nuevos ciudadanos á la patria? pero entónces convendría primeramente proteger la vida de los que existen.

tal, que no va acompañada ya de las accesorias que la agravaban y la convertían en verdadero suplicio. La sociedad, usando del derecho que tiene de ser generosa, perdona una parte de la pena que puede merecer el asesino por virtud de las circunstancias de su crímen, y no se cree ya en la necesidad horrible de hacer sufrir lo más posible al desdichado paciente, al que va á arrancar de su seno, bastándole esta terrible separacion, que ejecuta con una sencillez, con un pudor, con una calma y con una dignidad que respónden suficientemente á las necesidades de la moral pública.

La verdadera culpabilidad del infanticida ha sido mejor comprendida en nuestros dias que otras veces. A diferencia de las civilizaciones antiguas que no veían en el niño sino una cosa del padre, ó más bien de la república, la civilizacion cristiana ve en él ante todo un hombre, y en el hombre un cristiano, habiendo castigado el infanticidio como el homicidio, y á veces con mayor severidad. Más ilustrada todavía ha comprendido que no tenía para qué ocuparse de un acto religioso (el bautismo) que hubiera precedido ó no al infanticidio, y que debía tener en cuenta ademas una porcion de sentimientos que ocultan á la desgraciada madre toda la extension de su crímen y que no le dejan sino una imperfecta libertad. La jurisprudencia que representa aquí el instinto de la sociedad va en este punto más léjos y es más equitativa que la misma ley.

Otras dos clases de homicidio, el suicidio y el duelo, han sido diversamente castigados por las leyes; pero en un principio ámbos lo fueron con más severidad que hoy, y en los tiempos medios ménos severamente, sobre todo el último. Quizá no tardará mucho en que la legislacion venga á corregir estas oscilaciones extremas y á establecer una sancion penal más razonable: de ello nos ha dado ya ejemplo más de un pueblo vecino.

II. Los atentados contra las personas han sido reprimidos en un principio, como todos los demás, con penas violentas y poco mesuradas, que luego fueron algun tanto moderadas por el talion.

La composicion, permitiendo comprar el dolor y las flaquezas, dió un nuevo temperamento á las penas; pero la precision que llevó á ellas era por lo comun nada más que de aparente justicia. La pérdida de un órgano es mayor

para unos que para otros, y por lo tanto, los culpables de tales violencias pueden serlo en muy diversos grados.

Esta precision debió desaparecer cuando se sintió la necesidad de tener en cuenta una multitud de circunstancias imposibles de determinar préviamente:

Con la misma precision fueron apreciadas entre los Alemanes (1) las faltas graves. Si se trataba, por ejemplo, de una insolente y libertina curiosidad, creían haber hecho bastante estimándola, por decirlo así, geométricamente, ó en razon simple y directa de la extension del espectáculo sorprendido.

Esto era, no solamente olvidar la parte de la imaginacion, como observa Montesquieu, sino tambien desconocer que hay resoluciones más secretas que otras: así, pues, se debiera haber procurado establecer la proporcion. ¿No hay, por otra parte, circunstancias agravantes segun la respectiva condicion del ofensor y del ofendido, si la ofensa se ha hecho en un lugar público ó privado, etc.? En este caso tambien ha sido juzgada la precision por las leyes modernas como una cuestion circunstancial, cuya apreciacion debe dejarse al arbitrio del juez.

Las mismas observaciones se aplican á las penas contra la injuria, la difamacion, etc. El progreso ha consistido en la eleccion de las penas mejor apropiadas á la naturaleza del delito, en el abandono por parte de la ley de una determinacion tan imposible como inútil de todas las circunstancias agravantes, y en la amplitud que deja al juez de apreciar todas estas circunstancias y de elegir en un género de penas indicadas el grado más conveniente.

Es necesario, por lo demás, admirar el espíritu de justicia que ha sugerido á las leyes bárbaras todas estas distinciones y matíces, cuya necesidad han sentido los que las han hecho, siendo un mérito en aquella época lo qu en nuestro tiempo y con nuestra organizacion judicial sería un defecto. Los jueces de entónces no tenían la ilustracion de los nuestros, y necesitaban ser guiados con más solicitud y precision. Puede creerse tambien que habría sido más peligroso que lo sería hoy el abandonar á su conciencia una facultad tan lata en la eleccion de las penas: la magistratu-

---

(1) *Ley de los Alemanes*, cap. LVIII, § 1 y 2.

ra de los pueblos civilizados tiene, no solamente su propio valor, sino tambien el de la opinion pública que la inspecciona, la contiene y la guía; la cual es una de las grandes ventajas de la publicidad de los debates judiciales. Esta ventaja es naturalmente proporcionada á los progresos de la instruccion y de la moralidad de los pueblos.

§ II.

Progresos de la civilizacion criminal relativa á los delitos contra las cosas (1).

SUMARIO.

1. El robo no es al principio más que un delito relativo.—2. El extranjero es considerado al principio como enemigo, excepto si suplica.—3. Cómo llegaron á ser aflictivas, capitales, las penas contra el robo.—Consecuencias.—4. La insolvencia fué primitivamente asimilada al robo.—Consecuencias.—Piedad y mejor justicia despues.

La propiedad parece que no tuvo más que un valor relativo entre los hombres cuyo espíritu se hallaba todavía envuelto en el simple hecho de la posesion material, y así, el robo no es punible entre los salvajes, sino en tanto que se comete en perjuicio de uno de los miembros de la tríbu; pero si se comete contra los extranjeros es permitido, mirado con indiferencia y áun reputado una buena accion: entónces es el fruto de la guerra; es un derecho. Durante mucho tiempo los pueblos civilizados no han sido más escrupulosos en estado de guerra. No hay otra diferencia bien marcada, sino que el extranjero es considerado generalmente como un enemigo por el hombre aislado, ó que viviendo ya en sociedad, siente mucho más su debilidad que el deseo de humanidad y de justicia, mientras que el extranjero no es ya un enemigo para el hombre civilizado.

Sin embargo, la cualidad de extranjero no lleva ya consigo la de enemigo, ni áun entre los pueblos salvajes desde el momento en que aquél se presenta suplicando, porque la súplica acusa debilidad, extingue el miedo, provoca la piedad y da orígen á la virtud de la hospitalidad; pero una vez cumplidos los deberes de esta naturaleza, puede renacer el espíritu de hostilidad, y por uno de esos sofismas á que pa-

(1) En este párrafo, como en los precedentes, y como tambien en los siguientes, sólo considero una parte de los resultados obtenidos en el estudio correspondiente de los libros anteriores, aunque la principal. Así es, por ejemplo, que no se trata aquí más que del robo, cuando habríamos podido hablar tambien de la destruccion, depredaciones, etc.

rece esencialmente expuesto el entendimiento humano, el Arabe que ha recibido al viajero con cierta cordialidad, no ve ya en él más que á un enemigo desde el momento en que ha salido de su tienda, y va á esperarle como un salteador en el desierto (1).

El robo fué generalmente reprimido entre los antiguos con penas pecuniarias proporcionadas al valor del objeto robado; pero como los más inclinados á violar el derecho de propiedad son los ménos favorecidos por la fortuna, es necesario ó dejarles impunes ó recurrir á otros medios de represion. La mutilacion, fundada en una especie de analogía, fué un primer modo de penalidad, que pertenece sobre todo al Oriente. En Grecia y en Roma, la libertad hallábase á la sazon limitada en cierta medida, ó las penas aflictivas tales como la fustigacion, presentaron una segunda fuente ménos bárbara que la primera. La insuficiencia de estas penas hizo caer en un extremo opuesto, y el ladron debía pagar con su vida, aunque tuviese otros medios de satisfacer á la sociedad y á los particulares. Esta dureza de las leyes penales no fué un progreso, y es necesario creer que los desdichados siglos del feudalismo se consideraron en la necesidad de recurrir al terror para remediar el exceso de debilidad en que á la sazon se hallaba el poder. Al robustecerse la monarquía, y al concentrar en sí todas las funciones del poder soberano, no fué más clemente y más justa con los ladrones, y fué necesario tiempo, calma y reflexion para interesar al legislador hácia ciertas gentes á quienes se consideraba tanto más generalmente como enemigos de la sociedad, cuanto que casi se les obligaba al asesinato, castigándolas como si lo hubiesen cometido. Cuando se hubo interesado al ladron en respetar la vida de su víctima, se consiguió esto sin perjuicio de la propiedad. Encontróse justo el cálculo del legislador, y se comprendió ademas que el número de delitos dista mucho de seguir la proporcion de las penas destinadas á reprimirlos. Cuando el robo es castigado como el asesinato, no se roba ménos que cuando es castigado con penas ménos severas, pero se asesina más: hé aquí todo el provecho de esa severidad.

Si es lícito considerar á un deudor insolvente como una especie de ladron, es necesario convenir en que las leyes

(1) M. de Lamartine, *Viaje á Oriente.*

modernas son mucho más benignas y más razonables en este punto que las de los antiguos, principalmente que las de Roma. Y sin embargo, la doctrina prepara un nuevo progreso en este punto: la libertad no responderá ya de las deudas y sí sólo los bienes, lo cual sería justo si todos los deudores no fueran más que desgraciados: el legislador resolverá. Léjos nos hallamos de considerar la ley francesa demasiado dura respecto al deudor de mala fé, y aún nos inclinamos á considerarla indulgente; pero ¿podría serlo ménos sin ser inhumana ó sin echar sobre toda la sociedad el peso de la venganza ejercida por los particulares? El problema tiene sus dificultades inevitables, y quizá se haya adoptado el menor de los males, posicion á que con frecuencia se ven reducidos el legislador y el hombre de Estado. Basta, sin embargo, haberlo olvidado y considerar las cosas bajo un solo aspecto ó bajo un punto de vista abstracto, para que la crítica parezca tener plena razon.

§ III.

Progreso de las ideas en el castigo de los delitos políticos.

SUMARIO.

1. Dos clases de delitos políticos.—2. Cada uno se interesa en la cosa pública en razon de sus beneficios.—Las lesiones que ésta recibe no son sentidas por los ciudadanos sino en la medida de aquel interés.—3. Diferencia entre las penas para los delitos políticos en las repúblicas y en las monarquías absolutas.—Razon de esta diferencia.—4. Tambien las repúblicas han tenido sus susceptibilidades, sus temores y sus injusticias.—5. Esto es ménos peligroso en las repúblicas que en las monarquías absolutas.—Progreso de las legislaciones penales en este punto.

Los delitos políticos son de dos clases segun que afectan á las instituciones ó al órden público, ó lastiman al soberano y á sus representantes.

Cuanto mayor es el espíritu de nacionalidad en un pueblo, más vive el indivíduo la vida comun, la vida de todos, y tambien le son más sensibles las lesiones que sufre la cosa pública y el buen órden, que es la condicion de su duracion; pero sólo se ama á la ciudad de que se forma parte en proporcion del bienestar material y moral que se le debe, lo cual significa que sólo en esta medida se interesa uno. Las leyes protectoras de la ciudad y del país serán naturalmente severas, pero sin crueldad, si son hechas por los ciudadanos: el amor á la patria les dará el primero de estos caracteres, y la dulzura de costumbres,—resultado necesario de la prosperidad pública,—y el amor á sus semejantes les dará el segundo. Por otra parte, la generosidad es la compañera de la fuerza, y una sociedad en la cual se siente un general patriotismo, no se halla expuesta á caer en la crueldad con aquellos á quienes ha extraviado la desgracia ó el sentimiento del egoismo.

La historia confirma superabundantemente estas reflexiones: las repúblicas antiguas eran muy celosas de su libertad; pero sus leyes penales políticas no han llegado jamás á la crueldad fanática é insensata de las de las monarquías absolutas del Oriente ó de la Roma imperial. En vano el príncipe se nombra para el Estado, porque jamás se con-

sagra á él: sabe que es hombre, que es débil, y se halla rodeado de peligros, y á su miedo añade su tiranía; va de la crueldad al miedo y del miedo á la crueldad hasta que pierde la razon, y la enormidad de sus excesos le precipita del trono. Obsérvase, en efecto, que en todas partes en que las poblaciones no se hallan aún completamente aherrojadas por el despotismo, los tiranos caen con frecuencia en unal extravagancia feroz, y concluyen por perder su vida en el crímen.

Por otra parte, las democracias puras tienen sus peligros y sus excesos: sin hablar del ostracismo que estaba más en uso que ninguna otra penalidad, Aténas fué con frecuencia ingrata con sus más grandes ciudadanos, para lo cual basta recordar á Sócrates y Focion. Tambien había allí sus *juicios de celo* contra los sospechosos de aspirar á la tiranía. Un pueblo cuya voluntad es soberana, que hace por sí mismo las leyes y las aplica, se halla expuesto como los simples tiranos á poner sus pasiones en lugar de la razon; pero es necesario convenir en que se halla ménos expuesto á los extravíos del espíritu, á asustarse de sus propios excesos y á caer de la crueldad en la furiosa locura, porque es ménos accesible al miedo y no lo es más á la cólera, no siendo por otra parte sus arrebatos sino olas que suben y bajan. Puede cometer actos insensatos, pero recobra fácilmente la razon; puede cometer injusticias, pero no tarda en arrepentirse de ellas, y sus crímenes tienen la ventaja sobre los de los tiranos que sólo alcanzan á los individuos: un pueblo no puede ser injusto consigo mismo, mientras que un tirano puede incendiar á Roma por el solo placer de presenciar un remedio de la destruccion de Troya. Las mayorías pueden oprimir á las minorías, como un puñado de facciosos puede turbar la tranquilidad del mayor número; pero la mayoría de la víspera puede ser minoría al dia siguiente, y sucumbir las facciones ante la fuerza pública. Es cierto que algunas veces se encienden en estos choques guerras civiles, que pueden durar mucho tiempo y concluir por la ruina de un país; pero la historia prueba igualmente que las guerras civiles y las facciones existen tambien en las monarquías absolutas; que las guerras dinásticas son en éstas mucho más frecuentes y desastrosas, y que en fin, el mayor mal que puede temer un pueblo, es no tanto la anarquía como la insensibilidad y el adormecimiento de la vida pública.

No se puede negar, en todo caso, que las leyes penales relativas á la cosa pública son más moderadas y más sábias en las repúblicas que en las monarquías absolutas, principalmente en lo que concierne á la salud del príncipe y al respecto de su persona, de su dignidad y de sus derechos. Es pues un gran mal la necesidad de leyes crueles, y otro mayor sería la existencia de tales leyes sin necesidad.

Así, pues, esta parte de la legislacion ha ganado mucho al pasar de la arbitrariedad de las grandes monarquías de Oriente á las repúblicas de Grecia y de Roma.

Las repúblicas de los Germanos y demás bárbaros, las de la Edad Media en Italia, fueron ménos sanguinarias que la monarquía feudal que les sucedió; pero ésta era necesaria para llegar á la monarquía constitucional, que no se halla sujeta ni á los excesos de la demagogia, ni á los de la monarquía absoluta: tiene otros vicios que le son propios, pero que no tenemos necesidad de señalar.

Es indudable, sin embargo, que las leyes criminales de las monarquías constitucionales son incomparablemente más benignas, sobre todo en materia política, que las correspondientes de las monarquías absolutas. Que se compare, en efecto, los Códigos actuales de Francia y de Inglaterra con las antiguas leyes de estos dos países; que se compare estos mismos Códigos con los de Rusia, de Austria y de la misma Prusia, y júzguese luego. Lo que era verdadero en el siglo XVIII, lo es todavía más en nuestros dias, y Montesquieu decía ya: «Sería fácil probar que en todos ó casi todos los Estados de Europa las penas han aumentado ó disminuido segun se han acercado ó alejado de la libertad» (1). No hablamos de las leyes criminales en las otras formas de gobierno: la influencia de estas formas mixtas es fácil de determinar, y conduce á resultados que no son ni tan buenos como los de las repúblicas ó los de las monarquías constitucionales, ni tan malos como los de las democracias demagógicas y de las monarquías absolutas.

---

(1) *Espíritu de las leyes*, VI, 9.

§ IV.

Progreso de las ideas en el castigo de los delitos contra las costumbres y la religion.

SUMARIO.

1. Este género de penalidad era casi desconocido entre los salvajes y poco conocido entre los bárbaros.—2. Dos clases principales de delitos contra las costumbres: la impureza y el lujo.—3. La primera clase es castigada principalmente en las teocracias ó bajo la inspiracion de las ideas religiosas.—4. Costumbres de los salvajes y de los bárbaros.—5. Legislaciones orientales.—Progreso real que suponen.—6. La religion cristiana: su influencia en las legislaciones modernas. Excesos.—7. Diferencia de jurisdiccion. Consecuencias saludables.—8. Los pecados contra la religion, considerados primero como delitos, han perdido al fin este carácter.—9. ejemplos de abusos de este género.

I.

Contra las malas costumbres.

Los salvajes sólo tienen instintos y pasiones y no reglas de conducta elevadas á la categoría de principios. Y, sin embargo, vese en ellos el hombre moral todo entero, pero se halla allí todavía en gérmen; lo cual no basta para que se preocupen de él como de una necesidad pública.

Los bárbaros conceden ya más importancia á las cualidades morales que pueden contribuir á la tranquilidad y al bien comun: así, los Germanos encerraban á los holgazanes en los bosques y les dejaban morir allí (1); Artajerjes hacía picar la lengua por tres partes al embustero (2), y los Persas, los Medos, los Macedonios y áun los Atenienses castigaban la ingratitud (3).

En las civilizaciones más adelantadas las leyes penales relativas á las personas son principalmente de dos clases: las unas se refieren á las relaciones de los sexos y las otras al lujo: las primeras preceden naturalmente á las

---

(1) Tácito, *Costumbres de los Germanos*.
(2) Alexand. ab Alex., Genial. dies, VI, 10.
(3) Jenof., lyrop., I, Senec, De Beneficiis, III, 6 y 7;—Themist., *Orat.*, 22.

segundas, porque el lujo supone un gran desarrollo de la industria. Sólo hablo aquí de las leyes suntuarias, porque hay otras que tienen igualmente un carácter económico, pero que son más bien medidas de policía que leyes relativas á las buenas costumbres. Estas pueden ser contemporáneas de las leyes sobre la castidad y áun precederlas, como son las que obligaban entre los Egipcios á declarar fielmente á los magistrados bajo pena de muerte los medios de subsistencia con que se contaba, y que ponían á cada cual en la necesidad de procurarse honradamente el sustento, y tambien la ley irlandesa que condenaba á muerte á los muy glotones. Lo mismo podría decirse de las disposiciones legales contra la embriaguez.

Los pecados contra la pureza no son castigados por las leyes civiles, sino en las teocracias ó bajo la inspiracion de las ideas religiosas: los pueblos salvajes guardan poco las formas, y algunos de ellos apênas las conocen: lo mismo sucede entre los bárbaros. Salviano (1) hace un grande elogio de su castidad, por oposicion al ménos al desbordamiento de las costumbres romanas: la misma reputacion tenían en la antigüedad los Escitas y los Germanos; cuyo hecho se explica ménos por la virtud que por la falta de placeres y de imaginacion. Este es un mérito negativo, y la prueba es que los salvajes que habitaban en mejor clima tenían gustos y costumbres detestables, teniendo éstas un carácter público. No se castigaba entre ellos la depravacion porque era universal, porque no se consideraba un perjuicio social, y porque, en fin, el sentimiento de las conveniencias morales y del respeto de sí mismo y de los demás no se hallaba todavía bastante desarrollado.

Pero cuando se alcanzó este desarrollo con el auxilio principalmente de las ideas religiosas, los legisladores llegaron á ser despiadados. Todos los vicios contra la naturaleza eran castigados de muerte entre los Persas, y ya se conoce la severidad de las leyes mosáicas en este punto. Este rigor, si no es un progreso en sí, revela uno, sin embargo, á saber: el desarrollo del pudor, la necesidad de la pureza de costumbres y la repugnancia y el ódio hácia el público libertinaje.

---

(1) *De Gubernatione Dei.*

La religion cristiana, divinizando casi la castidad, ha dado á las ideas y á las costumbres una nueva fuerza, esto es al ménos lo que ha querido hacer y lo que con frecuencia ha hecho; estas son sus doctrinas y sus tendencias. Así las legislaciones civiles que ha inspirado, han sido más ó ménos implacables con el vicio, han tomado del derecho canónico muchas de sus reglas sobre el matrimonio, y han perseguido las uniones ilícitas con un celo que sólo se explica por la idea y el sentimiento religioso. En Inglaterra los hijos bastardos no eran legitimados ni áun por subsiguiente matrimonio (1).

Sin aprobar por esto las malas costumbres y sin desconocer en nada su perniciosa influencia en el órden y en el bienestar público, pero más conocedores de los verdaderos límites de la accion represiva de la autoridad civil, distinguiendo la esfera del derecho de la moral, dejando á la educacion, á la religion, á la opinion pública su parte de autoridad, los legisladores modernos han dejado de perseguir en la misma medida y con el mismo rigor el vicio que no atenta directamente á los derechos de otro. Esta limitacion llevada al poder legislativo, no es ya el fruto de la indiferencia ó de la corrupcion general de costumbres como entre los pueblos primitivos, sino por el contrario, la consecuencia de la ilustracion y del respeto á la libertad y á la justicia: es, por lo tanto, un nuevo progreso en las leyes. Ya veremos si no queda más que hacer en este punto.

Otro progreso tambien es que las leyes penales que todavía subsisten como salvaguardia de las buenas costumbres, se hallan en más perfecta relacion que las de otros tiempos, con la naturaleza y la gravedad de los delitos, puesto que han perdido la expresion de ódio ó de fanatismo que las distinguía antiguamente. ¡Qué inmensa diferencia entre la pena actual del adulterio, por ejemplo, y la que se imponía á este delito en casi todas las legislaciones antiguas! Y cosa singular, nuestros Códigos dejan todavía al marido ultrajado un derecho que recuerda el de los tiempos ménos civilizados. Está limitado, sin duda, pero subsiste aún.

Por consideradiones análogas y á consecuencias de las

(1) *Mem.* de Casteln., II, s.

nuevas ideas en economía política, han desaparecido generalmente de los Códigos modernos las leyes suntuarias.

II.

Contra las faltas en religion.

En todas partes en que el poder eclesiástico ha ejercido el poder civil ó lo ha inspirado, ha sancionado ó hecho sancionar sus prescripciones con penas temporales, lo cual es un homenaje tributado á la religion por el príncipe á costa de la libertad de conciencia y en menosprecio de la justicia. En las teocracias son más naturales estos santos rigores.

Pero cuando los dos poderes se hallan en diferentes manos, es necesario que el civil esté sometido al eclesiástico para imponer los dogmas y las prácticas de la religion. En la teocracia, la religion funda el Estado; con la separacion de los dos poderes, la religion es por el contrario adoptada por aquél: sus creencias y su culto son tambien deberes civiles, lo mismo que en la teocracia los deberes civiles y privados son tambien deberes religiosos: la diferencia es ya grande.

Y llega á serlo más, es completa, cuando los dos poderes son no solamente distintos, sino respectivamente independientes; cuando cada uno tiene su autoridad y accion propia; cuando en vez de estar subordinado el uno al otro, hállanse símplemente coordenados, tendiendo el uno al bien privado por el bien público y el otro al bien público por el bien privado; el uno se propone ante todo la justicia, el otro las buenas costumbres. Sólo á título de derecho particular protege la autoridad civil las creencias y sus diversas manifestaciones sin consentir que se persigan ó que lleguen á ser causa ú ocasion injusta de perturbacion y de guerra.

Desde este momento, y sólo desde entónces, ha comprendido la autoridad temporal su situacion respecto á la espiritual: no pretende ya hacer de ella su instrumento; la respeta por sí misma y reconoce su orígen y sus distintos derechos; pero reivindica á su vez la misma independencia: ella tambien quiere á su manera no depender más que de Dios y sólo dar cuenta á él de sus actos.

Se puede en nuestros dias, en interés del mercenario, in-

tentar que se respete el descanso del domingo; pero de seguro las infracciones no se castigarán ya con el rigor que lo hacía Dagoberto II: así, el motivo y la pena han cambiado.

Creemos, sin embargo, que sería más prudente y justo dejar esta cuestion al sentimiento religioso particular.

§ V.

Progreso del derecho criminal internacional

SUMARIO.

1. La guerra no estuvo en un principio sometida á reglas.—2. El interés conduce á la justicia.—3. Principios de las relaciones exteriores indagados por los filósofos, y adoptados al principio tácitamente por los soberanos.—4. Pasan más cada dia á los tratados y á las costumbres de las naciones.

La guerra no fué en un principio más que el combate singular, el duelo (*duellum*, como decían los latinos) de dos naciones, sin otras reglas morales que las que presidían á la colision entre dos salvajes. Y estas reglas eran nulas: se hacía el mayor daño posible; el combatiente mataba ó moría en la lucha: tal fué el primer carácter de la guerra. La guerra defensiva no se redujo sólo á rechazar el ataque, sino que frecuentemente fué inspirada en el deseo de castigarlo y prevenirlo, habiendo tenido, por lo tanto, un carácter penal.

El interés de las naciones de acuerdo con la justicia, hizo comprender bien pronto que la misma guerra tiene sus reglas morales naturales, y se trató de establecerlas, tanto en lo concerniente á la declaracion de la guerra, como en lo tocante á la ejecucion, instituyéndose para ello los Feciales: se quiso poner de su parte la justicia y á los dioses. Por lo demás, poco importa que la ignorancia, la ambicion y la política hayan hecho de este acto religioso una ceremonia superticiosa: el principio estaba reconocido y el derecho proclamado.

Estos principios no tardaron en ser aceptados por las otras naciones y llegaron á ser la base del derecho de gentes: extendiéronse y se perfeccionaron, y pudo decir Grotius en el siglo XVII que los pueblos en estado de guerra deben hacerse el menor mal que puedan; es decir, sólo el mal necesario para obtener la victoria: un emperador de la China había proclamado el mismo principio mucho tiempo ántes.

Hoy ha tomado un carácter positivo el derecho de gentes: ademas de esos grandes principios formulados por los

filósofos, y generalmente aceptados por todos los pueblos cultos, se han hecho muchos tratados particulares de pueblo á pueblo sobre la manera de tratar á los extranjeros que cometiesen delitos fuera. Por otra parte, muchos pueblos han establecido penas contra todo ciudadano que despues de haber cometido un delito en el extranjero contra un indivíduo de aquella nacion ó de otra cualquiera, se refugiase en su patria buscando la impunidad. Este estado de cosas dista mucho del principio, que todo extranjero es un enemigo y que á éste debe hacérsele el mayor mal posible.

CAPITULO VI.

PROGRESO DE LAS IDEAS EN MATERIA DE PROCEDIMIENTO CRIMINAL.

SUMARIO.

1. Importancia de las formas judiciales.—Su ideal.—El ideal de las formas tal como es concebido, va depurándose.—2. Unas veces el procedimiento criminal vale más que el sistema de penalidad, y otras veces vale ménos.—3. Sin embargo, donde el procedimiento criminal ha sido malo, no ha sido buena la penalidad.—La recíproca no es tan absoluta.—Por qué.—Distincion.—4.—Justicia personal.—5. Justicia pública.—Querella.—Diversas funciones posibles del poder.—6. De qué depende la mayor ó menor libertad que se deja al culpable.—7. Los conjuradores; lo que suponen.—8. Acusacion privada; sus inconvenientes.—9. Acúsacion pública; su orígen, sus progresos y sus abusos.—10. Ministerio público, mal circunscrito primero, y despues más limitado y más fuerte.—11. Distincion de la accion pública y de la accion privada; sus felices consecuencias.—12. Progreso análogo en las demás partes del mecanismo judicial.—13. En el tribunal, por ejemplo.—Juez en su propia causa; juez doméstico.—El juez encargado de hacer respetar su sentencia.—El más fuerte en la tríbu.—La fuerza del juez buscada en el número.—La causa juzgada llega á ser la del juez.—14. Delegacion del poder judicial.—Jueces oficiales.— Magistratura. — Apelacion.—15. Jueces oficiales del príncipe.—16. Institucion del jurado.—17. Con dicion de la existencia de las leyes penales;—como dependen de las formas judiciales.—18. Insticion criminal.—Su original sencillez;—se hace más compleja haciéndose más metódica.—Sus momentos necesarios.—Las pruebas.—Teoria de las pruebas.—Sucesivamente nula, falsa, complicada y simplificada.—Tormento, inquisicion, juramento, pruebas.—19. Dos grados en el procedimiento.—Del procedimiento escrito ó hablado.—Dos sistemas.—Drama judicial.—Publicidad de los debates.—Libre defensa de los acusados.—Desenlace.

En la manera de indagar los delitos y de perseguir á sus autores es en donde principalmente se revela una civilizacion: ó las formas son nulas, extravagantes, absurdas é injustas, ó son únicamente imperfectas, ó por último son todo lo que pueden ser, lo que consienten la sabiduría y la justicia humana en el más alto grado de su desarrollo. Esta perfeccion es un ideal cuya nocion necesita tiempo para formarse: el espíritu humano percibe difícilmente el ideal absoluto; sabe, sin embargo, que existe, y aun puede tomar por absoluto el ideal relativo, y creer que el grado de per-

feccion que concibe es el último de todos, que es la más alta perfeccion posible. Pero el tiempo trae otras reflexiones y otras ideas; la experiencia descubre vicios que no eran sospechados al principio; la teoría constantemente ilustrada por los hechos, mejora sin cesar su idea, y la filosofía apoyándose constantemente en los hechos, en la historia, conduce incesantemente á nuevos hechos, y siempre así. Pasar de un hecho ó de un estado de cosas dado á la idea de un órden de cosas mejor, de esta idea al hecho que la traduce en realidad viviente en las instituciones, y de este hecho á una nueva idea, tal es la ley del progreso, ley de continuidad indefinida, resultante de la facultad que tenemos de volver sobre nuestros actos y poder modificarlos.

Las formas de procedimiento criminal sábiamente concebidas y fielmente observadas son más importantes bajo muchos puntos de vista que una penalidad perfectamente apropiada á los delitos. En las formas consiste toda la garantía de no ser acusado y condenado sin ser culpable, como tambien de gozar de la seguridad é inviolabilidad esenciales á la vida social: sin las formas, y sin formas hábilmente concebidas y seguidas con escrupulosa inteligencia, la arbitrariedad, la negligencia y la injusticia misma se sobreponen al derecho; la inocencia se ve amenazada por la misma institucion que la debía proteger; todos los derechos están en peligro, todos pueden ser atacados y violados sin fundada esperanza de reparacion.

Esto no quiere decir, sin embargo, que un buen sistema de penalidad sea en general más fácil de crear que un buen sistema de procedimiento criminal, y si los sistemas de esta naturaleza valen con frecuencia más que los de procedimiento criminal en Alemania por ejemplo, en otras partes sucede lo contrario: en Inglaterra el procedimiento criminal es desde hace mucho tiempo superior al sistema penal. Tal era generalmente la situacion respectiva de estas dos ramas del derecho criminal en Francia bajo el antiguo régimen.

Es de notar, sin embargo, que en donde el procedimiento criminal no ha valido nada, no ha sido buena la penalidad; pero la recíproca no es tan absoluta. La razon de esta diferencia consiste en que el procedimiento criminal se relaciona estrechamente con la forma de los gobiernos. Un sistema de organizacion social y política fundado sobre

abusos conduce á los que la practican á administrar una justicia que sea la expresion, la consecuencia y el sostenimiento de los mismos abusos. De aquí las formas esencialmente viciosas, porque emanan de un estado de cosas abusivo, ó son apropiadas á él; de aquí una penalidad esencialmente mala en un principio respecto á los delitos contra la organizacion social ó política existente. Y como el poder se corrompe á sí mismo por sus iniquidades legales; como no puede ser malo sino porque viola los grandes principios de igualdad y de libertad, no podrá sin inconsecuencia y sin peligro hacer penetrar estos dos principios en sus leyes penales; ántes por el contrario, en todas partes hará sentir el privilegio, la violencia y la arbitrariedad. Así, pues, los delitos privados no serán reprimidos más sábiamente que los delitos políticos.

Pero si tales vicios no afectan á la forma de gobierno, nada impide que la penalidad lleve el sello de la equidad y de la moderacion, sin que por esto tengan toda la apetecible perfeccion las reglas que se han de seguir para descubrir al culpable, para asegurarse de su persona y convencerle. La penalidad puede ser buena y el procedimiento mediano; pero este vicio depende entónces de la ignorancia ó de la incuria, puesto que no puede ya explicarse por una injusticia sistemática ó por el interés. Es raro, sin embargo, que así suceda, excepto en el caso en que la justicia se administre muy equitativamente por un príncipe absoluto; pero esta excepcion se refiere á la persona y de ninguna manera á las instituciones ó á las leyes.

Trátase ahora de ver cuál ha debido ser y cuál ha sido en efecto la marcha del espíritu humano en la persecucion de los delitos.

I. En la infancia de las sociedades, cuando es desconocida la solidaridad, y la fuerza pública no existe todavía; cuando el instinto y la necesidad hacen obrar, como el egoismo hace pensar y hablar en un estado social superior, es decir, segun la máxima: «Cada uno para sí, la fortuna para todos,» entónces la acusacion pública es desconocida como funcion y aún como derecho devuelto á todos. Allí no hay denuncia al poder porque éste no existe, y el que sufre una injuria procura vengarla: este es el principio y el fin de todo el procedimiento. Todos los medios son buenos con tal que conduzcan á este fin: hé aquí todas las formas.

Pero desde que hay un poder público, una autoridad constituida, el delincuente es naturalmente acusado por el que sufre las consecuencias del delito: esta es la querella.

Este poder puede entónces ó autorizar la venganza, ó hacerse auxiliar de ella, ó instrumento exclusivo. Toma el primer partido cuando su autoridad es más de temer para el querellante que para el acusado, ó cuando el deseo de reposo le preocupa más que el de la justicia. Toma el segundo cuando el querellante no es bastante fuerte para vengarse y el poder no comprende todavía que debe reservarse por completo ese derecho, ó no tiene por sí solo fuerza para ejercerlo; y toma el último cuando quiere el órden y puede hacerlo reinar por sí mismo.

En general, la libertad del acusado es tanto ménos respetada cuanto más sencillas son las formas, y presenta ménos garantías de sumision á la justicia y de disposicion á someterse á la sentencia. Puede ser temible para el mismo juez, y entónces importa arrestarlo, asegurarlo y sustanciar pronto su proceso: esto sucede, porque la venganza individual, por temor de que se eluda el castigo, comienza por imponerlo.

Sin ser temible para el querellante ni para el poder, puede el acusado no ser retenido por interés alguno y escaparse y sustraerse á la accion de la justicia penal: de aquí la necesidad moral de asegurarse de su persona.

Sólo en una sociedad más compacta puede el acusado, á pesar de la inculpacion, conservar su libertad bajo la garantía de sus parientes ó amigos, ó bajo la suya propia. Los fiadores ó conjuradores, al responder por él de que se presentará ante la justicia el dia que se señala, comprometiéndose ellos mismos con sus personas ó sus bienes, deben poder contar con una sentencia equitativa. La justicia pública debe establecerse entónces sobre bases bastante respetables para inspirar alguna confianza.

La del juez ó del querellante puede tambien tener por base los bienes mismos del acusado; pero es necesario en este caso que la sociedad civil se halle bastante adelantada, no solamente para que la propiedad sea reconocida, sino tambien para que las fortunas privadas se hayan acrecentado. Sin embargo, la considerable extension de la fortuna no es necesaria más que para las grandes reparaciones civiles y para contrabalancear en los sentimien-

tos de un acusado el temor de ser condenado y el dolor de la pena; de otro modo sacrificaría fácilmente su fortuna á este doble temor. Los bienes pueden responder fácilmente de la fidelidad en presentarse á la justicia y en sufrir la sentencia, cuando se trata de una inculpacion poco grave; pero para los crímenes de pena capital, destierro, confiscacion, multas ó reparaciones civiles bastante grandes para absorber la fortuna del acusado, es evidente que no hay ninguna razon para que éste espere, si es culpable, el resultado del juicio, y que frecuentemente puede temblar aunque sea inocente.

Resumiendo este primer punto, podemos decir que la venganza personal, por lo mismo que es apasionada, por lo mismo que es débil, hiere al que se considera culpable y no le detiene.

Cuando interviene un primer poder, la venganza, ménos débil ya, es ménos súbita y artera; querellase y pide el ejercicio de su derecho á su costa y riesgo, ó bien demanda auxilio ó castigo. El poder la escucha, la deja en libertad de hacer la guerra al que considera su enemigo, ó llega hasta prestarle auxilio y hasta imponer por sí mismo el castigo solicitado, sin informarse de si es ó no merecido. Más tarde, cuando ha comprendido que debe hacer justicia á todos los que de él dependen, aunque sean malhechores, comienza á convertirse en verdadero juez: hasta entónces sólo había sido poder ejecutivo y dejaba á cada uno el cuidado de juzgar en sus propios asuntos.

Desde el momento en que le fueron dirigidas quejas contradictorias, debió hallarse en la duda, en la necesidad feliz de examinar las razones alegadas por una y otra parte, en una palabra, de juzgar.

Pero para juzgar es necesario frecuentemente consagrarse á hacer indagaciones, se necesita tiempo; y durante este tiempo necesario para recoger las pruebas del hecho, las de la culpabilidad, el acusado puede sustraerse á la sentencia que le amenaza: de aquí la necesidad de asegurar su persona.

Poco importa, por lo demás, que quede arrestado ó no por el momento, si debe comparecer el dia y hora exigidos: dando esta garantía puede quedar libre. Desde el momento en que el poder juzga que puede contar con esta promesa ó impedir fácilmente el quebrantamiento de un compromiso

de esta índole, puede concederse la libertad provisional, la cual se concedió sin duda al principio bajo las garantías que pudo ofrecer personalmente el acusado, y luégo por el compromiso que en favor suyo contrajeron otros. Es natural, en efecto, apurar sus medios propios ántes de recurrir á la misericordia de otra persona.

II. Cuando se reconoce un poder judicial, á él se dirige la querella, y si este poder concede espontáneamente su proteccion á todos los que tienen necesidad de ella, reclámenla ó no, entónces se admite la denuncia y con mayor razon la acusacion pública. Hasta entónces el juez sólo obraba en virtud de la querella. Pero el ofendido no siempre se halla en estado de querellarse, ni de hacerlo útilmente; puede sucumbir á los golpes de uno que le asalte, y puede ademas no conocer al autor de un robo hecho en perjuicio suyo, ni á los testigos que podría invocar en apoyo de su acusacion. El buen órden, de acuerdo con la simpatía por el que sufre y el ódio hácia el malvado, de acuerdo con las afecciones de la sangre y de la amistad, exige que las denuncias sean admitidas inmediatamente, y exigiendo la justicia que sean sostenidas y probadas, el denunciador debió hacerse acusador; derecho que se reconoció á todo el mundo, mereciendo los que lo ejercían el reconocimiento de los oprimidos y de las gentes honradas. Si para cumplir esta mision se necesitaba gran desinterés, y si la acusacion era sostenida con talento y valor, uníanse al reconocimiento la admiracion, la estima y la confianza, las cuales abrían el camino á los empleos públicos. El papel de acusador comenzó á perder desde entónces su pureza y su dignidad; fué solicitado ó aceptado por ambicion para servir al ódio de un hombre poderoso ó del pueblo, y perdió sobre todo su consideracion primitiva cuando se concedió al acusador una parte de la multa ó de la confiscacion. Era sin embargo difícil alentar las acusaciones sin corromper á los acusadores.

Estos inconvenientes y muchos otros que sería fácil recordar, porque todas las pasiones hostiles pueden encubrirse con la máscara del interés público, hicieron del comun derecho de acusar una institucion de discordia y de perturbaciones. Era por lo tanto necesario limitarla á los únicos casos que afectaban ó se creía afectar realmente al interés público, y dejar á los interesados el cuidado de so-

licitar justicia en los demás. Y áun estas precauciones fueron insuficientes, porque las ambiciones, las rivalidades y los ódios encontraron medios de obtener satisfaccion en este limitado campo, estableciéndose por consiguiente penalidades contra las acusaciones calumniosas.

La tibieza sucedió al celo producido por el egoismo, y la cosa pública y el interés privado de los débiles no estuvieron ya suficientemente garantizados, y hubo necesidad de confiar la investigacion oficial de los delitos á los jueces, á los magistrados y á los funcionarios públicos.

Esto era demasiado y demasiado poco. No hallándose nadie encargado especialmente de esta funcion, cada uno confiaba en los demás, y la justicia represiva se administraba con abandono y confusion: para evitar esto, se pensó en limitar aquel poder, en convertirle en funcion pública y en confiarle á una sola persona: de aquí el oficio de acusador público. Sin embargo, como un solo hombre puede no tener la suficiente vigilancia y carecer de claro juicio, de celo y de valor, no se privó del derecho de iniciativa en la persecucion de los delitos á los otros magistrados consagrados al buen órden público: pero la institucion del ministerio estaba creada y sólo se trataba de organizarla, estableciendo gerarquías, dándole sus indispensables auxiliares, definiendo sus atribuciones y regulando sus relaciones con las otras funciones públicas análogas.

Para dar más fuerza todavía á la institucion y para acabar de reducir á sus verdaderos límites las funciones de los simples particulares en la administracion de la justicia penal, decidióse que el acusador público recibiera la queja del ofendido, pero que no se ocupara de ella sino en lo tocante al interés público, dejando á los particulares el cuidado de hacer valer su derecho ante los tribunales. Al mismo tiempo que pide la pena señalada por las leyes contra el delito, los particulares podrán presentar su demanda de indemnizacion, pero no tendrán nada que ver con la pena, puesto que no está confiada á ellos la vindicta pública: sólo tienen derecho á la reparacion del perjuicio que hayan sufrido.

Distínguense, pues, en un mismo asunto la accion pública y la accion privada, cuyas denominaciones, há largo tiempo usadas, tomaron una nueva acepcion en armonía con las reformas introducidas en la persecucion de los delitos. Los particulares no tuvieron ya la facultad de provo-

car unos contra otros las penas con que la ley amenaza á los delincuentes, así como los magistrados no estuvieron encargados ya de formular las reclamaciones que los interesados, con la libre disposicion de sus derechos, podían muy bien elevar por sí, ó sobre cuya materia debían tener la libertad de transigir. Pero los particulares debieron conservar el derecho de formular sus querellas ante el órgano de la justicia social, y de hacerle conocer con qué título reclamaban la reparacion del mal que habían sufrido y la proteccion pública para lo futuro.

Todos los intereses se encontraron por este medio garantidos, al mismo tiempo que desaparecieron casi por completo los ódios y las venganzas con los desórdenes que debían resultar de la acusacion pública. La fuerza pública, el órden general y la suavidad de costumbres, todo ha ganado con el establecimiento de la acusacion pública, tal como existe en la mayor parte de nuestras sociedades modernas.

Esta ha sido, pues, la progresiva marcha de la acusacion: primero la denuncia secreta, despues la acusacion pública para todos los delitos, la acusacin limitada á los delitos públicos, la acusacion calumniosa castigada, y alentaba la verdadera acusacion. Dos clases de abusos resultantes de este nuevo órden de cosas, la tibieza de las personas honradas y el celo de los ambiciosos y de los malvados, hicieron limitar á todos los magistrados el derecho de perseguir; pero este remedio llevaba consigo otros inconvenientes, y se pensó por lo tanto en dar más fuerza á la institucion, reduciendo el personal que tiene atribuciones para ejercer la persecucion criminal, y convirtiendo en funcion pública especial, en obligacion, lo que hasta entónces no había sido más que un derecho ó una atribucion accesoria. De los dos intereses comprometidos en los delitos, el interés público y el privado, sólo el primero se confió al ministerio público, quedando reservado el segundo al cuidado y celo de los particulares: nueva distincion entre la accion pública y la accion privada.

III. Un progreso análogo se revela en todas las otras partes del mecanismo judicial. En un principio no hubo otro juez en las querellas que aquellos mismos que las elevaban: el ofendido hacía la ley, perseguía el delito, pronunciaba la sentencia y la ejecutaba. Nada más sencillo en ver-

dad que esta forma primitiva, pero tampoco nada más imperfecto. Los primeros jueces se designaron naturalmente del seno mismo de la familia; el padre fallaba en las diferencias de sus hijos, y el patriarca en las que surgían en la descendencia sometida á su poder, debiendo ser investido del mismo derecho el jefe de la tribu guerrera. El más fuerte era á la sazon un juez más necesario que el más sábio, pues la sentencia debía tener fuerza, porque de otra manera habría tenido la mayor de las imperfecciones, la de ser letra muerta; y más vale una mala justicia que la absoluta ausencia de ella. Fué por lo tanto necesario investir del derecho de juzgar á quien fuese capaz de hacer respetar sus fallos.

Debióse, sin embargo, buscar al mismo tiempo en el juez ideas y sentimientos favorables á las querellas que se le presentaban; se le rodeó de simpatías en cuanto fué posible; interesáronse en su propia causa sus parientes, sus amigos y sus vecinos, y se invocó su testimonio, su influencia y su talento, lo cual dió orígen á los *conjuradores*. Entónces se temió ya ménos tomar por jueces á los primeros que se presentaban, puesto que se tenía seguridad en el concurso de todas aquellas personas de que se hallaba rodeado, y no se desconfiaba ya de interesar al tribunal mismo, de excitar su amor propio, de provocar sus simpatías, y de llevarle á hacer suya la causa que iba á fallar. En efecto, durante mucho tiempo el juez tuvo que responder de su sentencia y sostenerla con las armas contra quién quisiera anularla, pero éste era ya un estado de cosas mejor que el de que hablamos.

Al principio no admitia apelacion la muchedumbre que juzgaba; era soberano juez que ejecutaba por sí sus propios fallos ó los hacía ejecutar en su presencia, ó bien confiaba esta mision, ya al que los había obtenido, ya al poder público.

Lo mismo sucedía cuando los delitos, siendo domésticos, no afectaban más que á los miembros de una ó de dos cabañas: en este caso el tribunal no era otra cosa que un consejo de familia revestido de un poder absoluto y bastante fuerte siempre para traer á razon á cualquiera de sus miembros.

Cuando se toma por juez al jefe de una tribu, no hay tampoco apelacion posible, ni tampoco la hay en principio

cuando el soberano falla, porque la apelacion supone una autoridad, un tribunal superior. El único recurso que queda al condenado es la revision de la sentencia, apelar del juez mal informado al juez bien informado.

Pero un solo hombre, aunque se halle asistido de un consejo que tenga voz consultiva solamente, ó áun voz deliberativa, no puede ser bastante para juzgar todos los negocios de una sociedad algo numerosa. Por otra parte, el jefe de una nacion tiene otros asuntos, los cuidados de la administracion, las necesidades ó la pasion de la guerra, la aficion á los placeres, las molestias y las dificultades de la celebracion de las audiencias; todo lo cual debió hacer muy pronto que los jefes de las pequeñas naciones primitivas se desembarazasen del cuidado de administrar por sí mismos justicia á sus vasallos, siendo, por lo tanto, necesario al príncipe delegar el poder judicial. Así nacieron sucesivamente los tribunales presididos primero por el príncipe, y despues los tribunales encargados de hacer justicia en su nombre.

Lo que digo de la formacion de estos tribunales en los pequeños Estados despóticos puede aplicarse á los Estados teocráticos, en que el cuerpo sacerdotal gobierna por sí mismo ó por hombres que le están sometidos; solamente que las formas judiciales toman en este caso un carácter ceremonial y religioso que no tienen, en el mismo grado al ménos, en otra forma de gobierno. Ademas, si es el cuerpo sacerdotal el que gobierna en su propio nombre, rara vez juzgará por sí solo el soberano pontífice, á ménos que se diga profeta y no sacerdote ó jefe de los sacerdotes y doctores: pondráse mejor al frente de un colegio, y áun delegará la presidencia de éste, renunciando á la judicatura para ejercer otras funciones soberanas más importantes para su política y más difíciles de delegar.

Lo mismo puede decirse de las pequeñas soberanías que se forman por el desmembramiento de una mayor, como en el feudalismo, ó de los administradores de las provincias de un gran Estado, como los antiguos sátrapas de la Persia ó los pachás del Gran Señor. Estos pequeños déspotas revestidos de la soberana autoridad ó encargados de ejercerla, administran la justicia primero por sí mismos, confiando luego este cargo á hombres que les auxilian en sus funciones, cargo honorífico en un principio, oneroso despues, y

retribuido al fin á causa de la consagracion que exige y de la importancia de los intereses que le están confiados.

Con la delegacion del poder judicial ya fué posible la apelacion, y lo fué más aún cuando este poder se dividió ántes de trasmitirse por entero, como en Roma y en la mayor parte de las repúblicas. El príncipe ó el pueblo, conservando el conocimiento de ciertos asuntos, se reservaron la apelacion de otros, hasta que los tribunales se multiplicaron suficientemente y se establecieron las gerarquías para que fuese posible la apelacion de los inferiores á los superiores sin recurrir al príncipe ó al pueblo, excepto en algunos países en que fué siempre potestativa esta apelacion en asuntos capitales.

Los hombres elegidos por el príncipe para formar su consejo de justicia fueron, ú oficiales ó iguales al acusado, segun que había encontrado la justicia pública instituida por los jefes soberanos que le habían precedido, ó había sido creada por el pueblo. En este último caso, habiendo sido juzgados siempre por sus iguales los delincuentes, conservó el jefe esta tradicion. Ademas, el principio de ser juzgado por sus iguales sólo pudo tener orígen en el seno de una sociedad en que reinaba la desigualdad; pues allí donde todos los hombres son iguales ante la ley, no hay ninguna razon para reclamar el juicio de sus iguales; entónces no hay más que administradores y administrados, y sólo puede existir la distincion entre los que se hallan investidos del poder judicial como funcion pública, y los que no tienen estas atribuciones. Los jueces pueden ser considerados entónces como los hombres del príncipe, y por consiguiente, bajo este punto de vista, iguales á los simples particulares: entónces tambien puede desear el pueblo tener por jueces, principalmente en los asuntos políticos, á hombres que no sean sospechosos de complacencia y debilidad: sin embargo, la institucion del jurado procede más visiblemente aun del régimen feudal que del régimen ecualitario de las repúblicas, y por otra parte, tomó orígen en las sociedades modernas en el seno del sistema feudal ó inmediatamente despues. Si no hubiera habido jamás categorías políticas, tampoco habría habido nunca iguales y desiguales; jamás el espíritu de una clase de la poblacion habría sido hostil á la otra, y jamás un ciudadano habría

temido ser juzgado por otro, so pretexto de que no era su igual ante la justicia y la ley.

Miéntras que el soberano en quien reside esencialmente el poder legislativo se encarga de administrar por sí mismo justicia, siéntese poco la necesidad de las leyes penales, y si las hubiera, hallaríanse expuestas á cada momento á ser olvidadas ó derogadas; porque siendo ley la voluntad soberana del príncipe y juzgando éste, puede, cuando quiera, modificar ó cambiar completamente su ley, lo que en rigor significa que entónces no hay ley ni es posible que la haya. La ley penal, ó cualquiera otra sólo es posible en el caso en que el poder legislativo no sea al mismo tiempo poder judicial, porque entónces puede manifestar á los jueces su voluntad de que se aplique tal pena á tal delito y de que se siga en los actos del procedimiento una forma con preferencia á otra.

Así, un Estado, por despótica que pueda ser su forma, tiene leyes penales, ó una jurisprudencia al ménos, desde el momento en que el soberano deja de juzgar por sí mismo; y aun por poco que haya durado el régimen despótico se forma una tradicion más ó ménos respetada del poder soberano en sus juicios; se consultan los precedentes, se los recuerda; si son buenos, este es un motivo para mantenerlos, y si son malos, el despotismo podrá seguirlos todavía más bien que condenarse á sí mismo.

IV. Cualquiera que sea el tribunal que sentencie, es necesario que la sentencia sea preparada por una série de operaciones que constituyen lo que se llama propiamente la instruccion criminal. En cuanto á los debates y á la libre defensa del acusado, no forman parte de un procedimiento criminal, y no ciertamente porque no sean elementos esenciales en una sociedad en que se respeta la justicia, sino porque puede administrarse sin recurrir á estos medios de ilustrar la conciencia del juez.

El poder judicial más expeditivo en sus actos, por poco que merezca el nombre de tribunal, debe necesariamente comprobar el delito, buscar al culpable, asegurarse de que lo es el que tiene en su poder, y por último, aplicar la pena por medio de su sentencia.

Parece que no hay cosa más fácil que comprobar un delito, y sin embargo no lo es. Se forma una causa por robo: ¿poseía realmente el querellante la cosa que dice haberle sido roba-

da? Y si la poseía, ¿no habrá sido destruida por el mismo querellante? ¿no habrá podido ocultarla? Se hace una herida á alguno: ¿se la habrá inferido él? ¿Se la habrán inferido otros? Se comete un homicidio: ¿será una muerte voluntaria? Será un asesinato? No insisto sobre este punto. La primera operacion de la instruccion criminal presenta ya sérias dificultades.

Otra cosa sucede cuando se trata de descubrir al culpable y convencerle, y aunque se le haya cogido en flagrante delito por el querellante, todavía es posible que se le impute una accion que no ha cometido. ¿Se le ha visto al cometer el crímen, y por quién? ¿Por cuántas personas? ¿Qué confianza merecen? Ellas afirman; él niega ¿á quién se cree? ¿Qué hacer, principalmente cuando el autor del delito no ha sido sorprendido y detenido en el teatro del crímen? ¿Cuándo no ha sido visto por nadie y sólo recaen sobre él vagas sospechas fundadas en congeturas vagas tambien? En estos casos la dificultad es grande. ¿Cómo se conducirían los hombres inhábiles y de un espíritu poco delicado? Si respetan la justicia no querrán ni castigar á un inocente, ni dejar el crímen impune; si la desprecian, no son ya jueces, sino prevaricadores ó embusteros, que faltan á su mision sagrada no cumpliéndola ó poniendo el capricho y la arbitrariedad en lugar de los hechos y de las leyes. ¿Debemos extrañarnos, pues, de que las formas del procedimiento criminal hayan sido al principio tan defectuosas, y que luego todos los esfuerzos de los jurisconsultos, y los esfuerzos más dignos de elogio, se hayan concentrado sobre la cuestion de las pruebas y de su apreciacion?

Cuando el acusado confesaba el delito, todo estaba dicho, ó se creía al ménos que nada se tenía ya que hacer; pero con el tiempo se comprendió que esta confesion no bastaba, se estableció el principio de que no se podía condenar á un acusado por su sola confesion: este paso fué inmenso.

Y sin embargo, esta confesion era considerada como el coronamiento del proceso, y se necesitaba para que fuese completa la conviccion del juez y para que su conciencia estuviese tranquila: necesitábase sobre todo bajo el punto de vista del interés religioso del culpable, quien no podía ser enviado al tribunal del supremo juez con la conciencia cargada con un crímen agravado por una mentira. Esta confesion, necesaria en el tribunal de la penitencia, en

donde no se pide jamás la muerte del pecador, sino su arrepentimiento y su conversion solamente, es una condicion indispensable de la eficacia de la sentencia de este tribunal de misericordia, en que el pecador puede ganarlo todo y no perder nada. Desgraciadamente la Inquisicion, en donde el acusado tenía mucho que perder y casi nunca nada que ganar, creyó deber exigir tambien del acusado la confesion, exigencia que no tuvo reparo en imitar el procedimiento civil. De aquí un tormento moral primero, el del juramento que precedía al interrogatorio; de aquí luego el tormento físico, si el moral no producía todo el efecto deseado. Puede decirse con verdad que el juramento del acusado y el tormento se remontan á fecha mucho más antigua que la Inquisicion; pero ésta fué sin duda la principal autoridad en los tiempos que siguieron á su establecimiento.

De cualquiera manera que sea, gracias á la deficiencia de los medios de instruccion, así como á una especie de escrúpulo que no permitía condenar á un hombre sin haber obtenido la confesion de su culpabilidad, pero que consentía condenar por una confesion falsa, precisamente porque era arrancada en el tormento, se prefirió hacer sufrir el suplicio á un inocente ántes que exponerse á poner en libertad á un culpable ó á castigarle sin la confesion material y forzada de su crímen. Lo esencial era obtenerla, y poco importaba la manera, así como la verdad ó falsedad posible de la declaracion. Se quería escapar por una probable injusticia á los remordimientos de una injusticia posible.

Sin embargo, este tormento físico no era más que una contraprueba del tormento moral, y servía para confirmar ó invalidar el juramento del acusado cuando éste había afirmado su inocencia.

Este mismo juramento era ya exigido cuando aún no se había establecido el tormento, al ménos á los hombres libres, siendo entónces confirmado por las pruebas, es decir, por un milagro.

Pero como el milagro se hacía rara vez y el juramento se exigía siempre, los hombres de corazon prefirieron confiar á su espada la defensa de su causa, y se estableció y aceptó como prueba el duelo; lo cual era una supersticion en lugar de otra supersticion, pero ménos grosera quizá, aunque un poco más brutal.

Se concluyó, sin embargo, por reconocer que el duelo ju-

dicial no probaba más que las pruebas, ni más que el juramento, y se contentaron entónces con el testimonio, que no había sido nunca rechazado, pero al cual no se había concedido bastante importancia. Esto no obstante, no se renunció todavía á la confesion del acusado, ni por consiguiente á los medios de obtenerla, conservándose, por lo tanto, el tormento para el caso en que se creyera insuficiente la prueba testimonial.

Al fin se suprimió la tortura como el juramento, resignándose á no juzgar más que sobre los elementos que moralmente era lícito obtener, y á contentarse con una sincera probabilidad aunque fuera dudosa, más bien que fundar una condena en una probabilidad ficticia é ilegítima.

Como se ve, la instruccion criminal ha comenzado por contentarse con una sola confesion del acusado, y cuando no podía obtenerla y ademas le faltaban los elementos de conviccion respecto al testimonio, no ha imaginado cosa mejor en su simple credulidad, que referirse al juramento del acusado. Esta piadosa ilusion no tardó en disiparse, pero se cayó en otra.

Engañado como se estaba por los hombres, se imaginó que bastaba poner á Dios de su parte y que entónces no sería posible el error; creyóse que se podría interesar su justicia hasta el punto de obligarle á hacer milagros en favor de la verdad y de la inocencia, y se inventaron las ordalias ó juicios de Dios, las pruebas, sometiendo á ellas á los acusados y á veces á los testigos para asegurarse de la verdad de sus declaraciones, aunque revestidas ya con el sello del juramento.

Esta nueva ilusion debía ser disipada por los hechos como lo había sido la primera; mas para dar lugar á otra cuyo carácter difería poco de la anterior, sustituyéndose, pues, las pruebas propiamente dichas con otra clase de pruebas, en que Dios tenía menor parte y el hombre más, pero en las que pueden desplegarse la fuerza muscular, la destreza, la agilidad, la presencia de ánimo y el valor, sin que entren por nada la justicial y la verdad. El duelo judicial llegó á dominar sin embargo.

Debió caer como las otras dos clases de pruebas, y se recurrió á una tercera que esta vez parecía decisiva: tratábase de probar la conciencia por el dolor, siendo considerado inocente el que había podido soportar el tormento en apoyo

de su declaracion, y se declaró por el contrario culpable al que no había tenido esta perseverancia: cuando la confesion que se le arrancaba en el suplicio la repetía libremente fuera ya del tormento, se consideraba entónces convicto. Quitaba algun valor á esta confesion el saber el paciente que podía aplicársele de nuevo el tormento para resolver la contradiccion en que hubiera podido incurrir.

Fué, sin embargo, necesaria una larga reflexion para renunciar á este peregrino medio de conviccion: en vano habían dicho y repetido los hombres de buen sentido y de talento que la perseverante negacion del paciente podría muy bien no probar otra cosa que la fuerza de la constitucion ó la tenacidad de carácter, al propio tiempo que la confesion arrancada por el dolor podría ser debida á la debilidad física y moral: no se querían convencer de esto.

Al fin tuvieron que convencerse y renunciar al tormento como se había renunciado al milagro del duelo judicial, al de las pruebas y á la sancion del juramento, decidiéndose á interrogar al acusado con justicia y con humanidad, pero de una manera hábil. Se buscó principalmente la verdad en las declaraciones de los testigos, en el exámen de los hechos y en la concurrencia de circunstancias, y se decidió poner en libertad á los acusados á quienes racionalmente no se podía considerar como culpables despues de haber empleado para convencerlos todos los medios naturales propios para llegar á una conviccion.

V. Y no es esto todo: se trataba de convencer no sólo al juez instructor, sino tambien al tribunal que debía pronunciar la sentencia desde el momento en que se admitió esta gerarquía judicial. Compréndese bien que la investigacion minuciosa, lenta é incierta de pruebas de un delito imputado á un presunto autor de él, y de las de su culpabilidad real, no puede ser un negocio de un tribunal entero, el cual perdería en ello su tiempo. Es necesario, pues, que estas indagaciones prévias sean hechas por uno ó muchos jueces delegados, salvo el reproducirlas, habladas ó escritas, ante el tribunal: de aquí las dos clases de procedimientos, el oral y el escrito: éste se compone de procesos verbales muy detallados que reproducen todos los accidentes del interrogatorio del acusado, del de los testigos, y en general todo lo que puede tener algun valor como medio de persuasion.

Sobre estos procesos verbales, reiterados y afirmados

convenientemente; en presencia de estos voluminosos infolios; léjos del acusado y de los testigos, á solas y sin oir otra defensa que la del mismo magistrado instructor que tiene la mision de recoger el pró y el contra, debe el tribunal formar su conviccion y dictar la sentencia. Este procedimiento se halla todavía en vigor en la mayor parte de los Estados de Europa.

En el procedimiento oral distínguense, por el contrario, dos operaciones esenciales: una preliminar, que consiste en la instruccion suficientemente detallada del asunto, pero que sólo se refiere á los hechos esenciales, segun los que, el tribunal decide que há lugar á la persecucion, y el querellante, el acusador público, el acusado y los testigos comparecen ante él. Entónces se desarrolla con órden en todas sus partes el drama judicial; el juez que debe pronunciar la sentencia, no pierde nada de lo que constituye el alma y la vida del proceso; puede apreciarlo todo por sus ojos y oidos, y todo lo que percibe, le hiere, le habla y le persuade. El acusado puede responder á todo, y es invitado á ello, lo cual constituye su derecho.

Una nueva garantía en favor de una sana justicia criminal, pero que se deriva casi necesariamente del procedimiento oral, es la publicidad de estos debates, publicidad que, por otra parte, tiene su lado instructivo y moralizador para el pueblo.

Añádese á la publicidad de los debates la libre defensa del acusado, no solamente por sí, sino tambien por un hombre de su eleccion que conozca las leyes, que posea el don de la palabra y que considere un deber de conciencia y de honor el consagrar sus fuerzas al triunfo de la inocencia, ó á templar la severidad de los jueces en la medida que consienta el interés público.

En fin, si á la publicidad de los debates extendida aún más por la libertad y por la prensa; si á la libre defensa de los acusados se une la institucion del jurado, es decir, de una reunion de hombres que sólo dependen de su conciencia, que no tienen otra inspiracion que seguir, para los cuales no hay ninguna de esas pruebas llamadas legales, en presencia de las que la conciencia del juez abdicaba otras veces, ¡cuántas ventajas resultan para el derecho y sobre todo para la inocencia! ¡Cuántas mejoras progresivas por consiguiente.

CAPITULO V.

PROGRESOS DEL DERECHO CRIMINAL BAJO TODAS SUS FORMAS, SEGUN LOS GRADOS DE CIVILIZACION, LOS TIEMPOS Y LOS LUGARES.

§ I.

Progresos del derecho criminal segun los grados de civilizacion.

SUMARIO.

1. El salvaje ficticio y el salvaje verdadero.—2. Entre los salvajes hay poca variedad en los delitos y en las penas.—Hay pocas ó ningunas formas judiciales.—Necesidad de pruebas sin teoría de pruebas.—Supersticion en vez de una investigacion razonada.—Naturaleza de la publicidad de los debates.—El pueblo, ó sus ancianos, ó su jefe.—No hay defensa oficial, ni dependientes de justicia.—Brevedad de los debates.—Sentencia irrevocable.—Es ejecutada algunas veces por el juez, ó por el pueblo, ó por la parte querellante, etc.—3. Entre los *bárbaros* hay mayor número de intereses, de delitos y de penas.—Costumbres más fijas de las mismas leyes, pero redactadas segun la experiencia más bien que bajo un punto de vista teórico, principalmente en lo concerniente á los delitos.—Hay pocas ó ninguna clasificacion.—Empirismo.—Penas poco variadas; sus numerosos grados; aflictivas más bien que infamantes; pecuniarias más bien que aflictivas.—Aristocracia; sus privilegios en la penalidad.—Venganza de sangre, deber, solidaridad, transaccion, composicion; circunstancias del delito más minuciosa que juiciosamente apreciadas.—Algunos escrúpulos sobre las pruebas, pero todavía no existe teoría razonada.—Utilidad de la apelacion reconocida.—La justicia comienza á ser un servicio público.—4. Carácter de la justicia criminal en la *civilizacion del Oriente*: religion, teocracia, infinito.—Gran parte que se concede á los pecados como delitos morales.—Expiacion, pruebas, asilos, excomunion, completa confusion del órden religioso y del órden civil, etc.—5. Diferencia de las religiones y de los gobiernos entre los antiguos pueblos del Asia y entre los de Europa. — Influencias diversas de estas creencias y de estas formas religiosas diferentes sobre la legislacion penal: en Grecia primero y luego en Roma.—Importancia reconocida de la libertad política con relacion á la libertad civil; de la libertad civil respecto á la libertad individual.—Espíritu filosófico; sentimiento de la equidad; poco fanatismo.—Delitos contra el honor; penas infamantes; muerte civil; delitos morales y religiosos en menor número que en Oriente; sistema penal más templado; formas judiciales mucho más racionales.—Detalles sobre estos diferentes puntos.

I. El salvaje no es el hombre de la naturaleza ó el hom-

bre aislado: este hombre no es más que una ficcion, una hipótesis que puede tener en las ciencias morales un uso análogo al de las falsas suposiciones en matemáticas, ó que sólo es una excepcion tan rara y tan fortuita que no debe ocuparnos aquí, en donde sólo se trata de hechos.

El verdadero salvaje es, pues, un hombre que vive ya la vida comun ó social; pero esta vida se halla en él todavía en su expresion más sencilla: los lazos que unen á los miembros de estas sociedades rudimentarias son más internos que externos, y se refieren á los sentimientos más que á la autoridad; son poco firmes y numerosos, y sin embargo, no se rompen.

Cuanto más sencilla es la vida salvaje más limitado se halla el número de relaciones de interés y de derecho, y por lo tanto, no es allí donde debemos buscar una gran variedad de delitos y de penas. Las ofensas á la religion, á las costumbres y al órden público son allí desconocidas; los delitos contra la propiedad se reducen casi exclusivamente al robo, y los que atentan inmediatamente á la persona por medio de golpes, de heridas ó de asesinato forman poco más ó ménos el catálogo de los delitos contra las personas.

En este estado social no se halla bastante desarrollada la inteligencia de los hechos morales para que las formas judiciales sean muy circunstanciadas: sencillez y rapidez son los caracteres del procedimiento en este período de la civilizacion.

Tiénese poco cuidado de pesar todas las circunstancias externas é internas que pueden hacer cambiar el aspecto moral del mismo hecho, desde la simple contravencion hasta el crímen; tampoco se cuida de pesar hábilmente los testimonios, pero ya se hace sentir la necesidad de las pruebas, y la supersticion es el medio empleado para salir de la incertidumbre, viniendo despues de la prueba el juramento y el duelo. Se tiene una fé ciega en Dios ántes de tener una fé razonable en los hombres.

Los debates son públicos, más bien que por principio, por la naturaleza misma y porque lo contrario es difícil, y la tríbu no es aún más que una gran familia. No hay establecimientos públicos analogos á nuestros palacios de justicia, y los debates tienen lugar al aire libre: el salvaje tan ávido de emociones como perezoso, no desprecia la ocasion de procurarse este espectáculo.

Pero esto sólo se ofrece cuando existe ya una justicia pública, porque la justicia es primero privada y doméstica, y luego se administra tumultuariamente por el pueblo, ó más solemnemente por los ancianos del pueblo, ó por el jefe de la tríbu si lo hay, ó por éste mismo jefe asistido de los ancianos. Esta es la justicia popular, la justicia patriarcal ó real: despues se delega, ya á un colegio de sacerdotes, ya á simples particulares que gozan de la confianza del jefe ó que son pedidos por jueces por las partes, cuyo último modo puede preceder tambien á la justicia administrada por los delegados del jefe de la tríbu, bastando que este jefe autorice á las partes para elegir sus jueces, ó que tolere esta costumbre. En Fez, los habitantes de la montaña de Magnan detienen á los pasajeros para juzgar al punto sus procesos.

El uso legal de los defensores no ha debido establecerse hasta más tarde, ès decir, cuando la diferencia de cultura intelectual ha sido muy marcada; cuando ya se han dictado leyes y no ha sido legislador el mismo juez, quien ha debido ajustar su sèntencia á la ley; cuando, por último, la justicia ha sido objeto de cierta reflexion y los jueces temían más condenar á un inocente que absolver á un culpable. En la mayor parte de los pueblos orientales es desconocida la profesion del abogado, y en Siam no se permite ni áun á los parientes el querellarse (1).

Los debates no son largos, pues la pasion y el instinto deliberan poco: una vez pronunciada la sentencia, es ejecutada sin demora á veces por el mismo juez que es tambien poder ejecutivo, y otras por las partes querellantes, por los testigos, por el público y áun por los parientes (2). Es menester que la justicia se cumpla, lo cual es un bien á cuya realizacion puede cooperar cada uno, y sólo á consecuencia de ciertas preocupaciones religiosas ó civiles se echó nota de impureza y de ignominia al ejecutor de las sentencias judiciales. En esta misma época, esta parte del servicio pú-

---

(1) Cheweau, *Hist. del mundo*, t. VII, p. 275.

(2) La mujer adúltera es ejecutada por sus parientes en ciertos tribunales de la India (Dubois, *Cost. instit., etc., de los pueblos de la India*). Es cierto que los Indios no son salvajes; pero esta costumbre se encuentra tambien entre estos últimos en las tribus americanas, donde los delitos domésticos se confian á la justicia de la familia.

blico no constituía aún necesariamente una profesion: se le concedían ciertas ventajas momentáneas, por ejemplo, la de apropiarse legalmente de todo lo que tocaba corriendo por las habitaciones, cuyas ventajas bastan para que haya quien ambicione el cargo, sobre todo si la expiacion viene á borrar la mancha.

En resúmen, entre los salvajes hay pocos delitos y pocas penas. La penalidad es entre ellos arbitraria; apénas existen costumbres sobre este punto, y las pocas que hay no tienen ninguna fuerza contra los caprichos de un jefe. Si la tríbu tiene un carácter más republicano que monárquico, las costumbres son más fuertes y constantes, porque las masas son más rutinarias que los individuos.

La venganza personal deja ménos que hacer á la autoridad que en los Estados de superior civilizacion, y algunas veces es aceptada como una costumbre, contentándose el poder con prestarle eficaz auxilio. La opinion es favorable á ella y contraria á la vindicta pública, cifrándose el orgullo en vengarse y no en querellarse.

Entónces los miembros de la familia y los amigos se unen en más estrecho lazo y hacen causa comun, dejando de tener un carácter personal la imputabilidad: la solidaridad nace y se extiende considerablemente.

Las costumbres, si existen, son el todo, y las leyes quedan reducidas á las costumbres, ó más bien, no existen.

II. En el estado de barbarie, por el contrario, hay costumbres más fuertemente establecidas, que tienen no solamente el carácter del hábito, sino tambien la autoridad de las leyes: se les tiene ya un cierto respeto, reclámase su aplicacion, y constituyen un derecho, el derecho comun que puede invocar todo el mundo; hasta que al fin son puestas por escrito, y promulgadas por la autoridad competente, tomando así el perfecto carácter de verdaderas leyes.

El número de delitos se multiplica en razon de los intereses, y ya figuran en la lista fatal los delitos políticos. Aumenta considerablemente el número de los delitos relativos á la propiedad; pero mucho más se extiende aún el de los atentados contra las personas: éstas se hacen más susceptibles y más delicadas.

Las costumbres y la religion comienzan á ponerse bajo la proteccion del príncipe.

No se limitan á formar categorías; el legislador no ge-

neraliza aun en alto grado, sino que observa y registra especies particulares: así se hace progresivamente el Código de las leyes bárbaras, según que las circunstancias lo inspiran, y de aquí su carácter de detalle y el desórden que en él reina.

Las penas son numerosas, pero poco variadas aun, y casi todas pertenecen en un principio al género aflictivo: tales son la fustigacion, el apaleamiento y la mutilacion, sugiriendo el talion un gran número de ellas; y más tarde el interès mejor aconsejado las convierte todas ó casi todas en penas pecuniarias. La sencillez es aun mayor en cuanto al género, al propio tiempo que la natural divisibilidad de la pena permite una grandísima variedad en los grados. El que no puede pagar pierde su libertad y es esclavo hasta el pago completo.

Una nueva diferencia entre la penalidad de los salvajes y la de los bárbaros consiste en ser la misma para todos entre los primeros, mientras que varía entre los segundos segun las castas, las condiciones y la importancia de las personas lesionadas (1).

La venganza de sangre, de un arrebato de las pasiones que era al principio, conviértese en un deber, en un asunto de honra; pero pudo transigirse sin reparo en este deber, y hacer pagar la sangre con otra cosa que con sangre.

La solidaridad toma un nuevo carácter: no se funda ya en que la causa del culpable es aceptada por otras como suya, sino en que debiera haber sido impedida; toma un carácter en apariencia más moral, pero esta mayor moralidad sólo se halla realmente en que primero se asocian al crímen y despues se limitan á no prevenirlo por una mejor educacion ó por los buenos consejos. El progreso se halla en las costumbres más bien que en la ley.

Las circunstancias del delito comienzan tambien á ser apreciadas; pero se las mide y aprecia más bien matemática que moralmente: la extension de la herida, el peso de un hueso del cráneo determinado por el ruido que produce su caida en un escudo; pero no el grado de libertad ó de mala intencion, es lo que forma la base de esta apreciacion.

Se llega á ser igualmente más escrupuloso en las pruebas,

---

(1) V. sobre este punto á M. Guizot. *Ensayo sobre la historia de Francia*, p. 192.

y no se quiere ya condenar por simples sospechas. A falta de testimonios humanos se recurre al de Dios; idease, ó más bien, se extiende el sistema de las pruebas; la piedad se acoje al juramento, y desconfiando de su eficacia, se recurre al duelo judicial.

Se hace sentir la utilidad de la apelacion; pero ésta no es al principio más que una especie de protesta: no se está satisfecho de la sentencia, se cree uno injustamente castigado y se pide justicia al mismo juez de su parcialidad ó se pretende castigarle por su ligereza ó ignorancia.

Ya, sin embargo, toma la justicia un carácter de servicio público, y mientras el Juez recibe honorarios, el jefe de la tribu ó el señor se hace pagar el derecho que concede de perseguir al delincuente ó la proteccion que contra él otorga. La judicatura es aun, sin embargo, un honor ó una carga pública más bien que un oficio; los consejeros ó asesores del baron ó del conde no son todavía jueces de profesion; pero trataron de que los reemplazasen en sus honrosas funciones hombres de más pacíficas inclinaciones, más estudiosos y más sedentarios.

III. Distínguese el Oriente por la importancia de la idea religiosa en la justicia criminal como en todo el resto de sus instituciones; los delitos contra la religion tienen allí mayor lugar, y la judicatura se halla unida al sacerdocio ó le está subordinada. La moral invade el derecho y lo inspira; los delitos son, ante todo, pecados y expiaciones las penas, y no es el hombre quien se venga, sino la Divinidad: de aquí el carácter á veces terrible de las penas. Los sacerdotes son, pues, los jueces naturales, y gracias á su inspirada ciencia y al poder sobrehumano de que se hallan investidos, poseen el secreto temible ó precioso de extinguir las iras del cielo ó de aplacarlas. Estos confidentes de la Divinidad hacen temblar á los reyes en sus tronos y los convierten en instrumentos de su ambicion. Todo toma un carácter religioso ó místico más pronunciado; las penas llegan á ser en parte aflictivas, y sólo por una especie de misericordia pueden convertirse en pecuniarias; la idea de sacrificio y de sacrificio sangriento, de dolor expiatorio, se asocia á la de penalidad, la complica y aun llega á ser su principal elemento. El juramento va acompañado entónces de una sancion religiosa, y al perjuro alcanzan en la otra vida y aun en ésta penas horribles, yendo acompañado este acto religioso de

las imprecaciones más terribles y más á propósito para herir la imaginacion: las pruebas van acompañadas de ceremonias piadosas, y los sacerdotes son los depositarios de la temible sustancia que debe hacer que resplandezca milagrosamente la justicia, siendo ellos los únicos que poseen este secreto, los únicos que la componen y administran, los únicos en fin que conocen su eficacia y pronuncian la sentencia.

Los asilos son instituidos en nombre de la religion, y los sacerdotes son sus guardianes y directores: la violacion de estos asilos es un crímen contra la religion, contra los dioses, un sacrilegio en una palabra.

La excomunion es colocada en el número de las penas civiles, siendo entre ellas análoga al destierro (1): era una penalidad terrible en épocas de fé viniendo la interdiccion á hacerla más terrible todavía, y para facilitar su empleo se la distinguió en mayor y menor, segun el número y extension de los derechos que debe destruir.

Podría creerse que la idea religiosa, al introducir en la lista de los delitos una multitud de acciones ú omisiones que no pertenecen á la vida civil, al dar á las penas un carácter expiatorio, al exasperarlas so pretesto de vengar á la Divinidad, al dar á las pruebas un aspecto más religioso, poniendo en ellas más artificio, al hacerlas, por consiguiente, más respetables y ménos inútiles, podría creerse, repetimos, que éste es un retroceso más bien que un progreso, y que la legislacion criminal del Oriente es inferior á la de los bárbaros; lo cual sería un error.

---

(1) Distinguíanse entre los Judíos 24 causas de excomunion: despreciar á un sábio, aun despues de muerto; insultar á un ministro público de la justicia; llamar esclavo á un hombre libre; no comparecer á un llamamiento judicial; burlarse de un punto de doctrina establecido por los escribas ó por la ley; no ejecutar una sentencia; tener en su casa algo que pueda causar daño á los demás, un perro que muerda, una escala rota; vender su casa á un gentil, á ménos que se repare el daño que podría sufrir por ello un Israelita; ser testigo contra un judío ante un tribunal de idolatras para obligarle á pagar una suma que no exigieran las leyes de Israel; inmolar, si es sacrificador, sin poner á parte lo que se reserva á los sacerdotes; profanar en el cautiverio una fiesta de segundo órden, que autorizara la costumbre; trabajar despues de m dio-dia la víspera de la Pascua; pronunciar hiperbólicamente el nombre de Dios, ya por falta de reflexion ya con juramento; ser causa de que este nombre sea profanado por el pueblo; ser causa de que se coman las cosas santas fuera de los lugares sagrados; calcular fuera de su pátria, de otra manera que están fijados, los años, los meses, etc.

Es necesario no confundir la aplicacion abusiva de un sentimiento elevado y de una idea verdadera con esta idea y este sentimiento mismo; es necesario guardarse sobre todo de convertir en mérito positivo lo que no es más que un mérito negativo. Expliquémonos: Los salvajes no castigaban más que un pequeño número de delitos, tenían muy pocas penas, y muy rara vez recurrían á las pruebas; en el estado de barbárie, los delitos legales son más numerosos, las penas más variadas ya, y más frecuentes las pruebas; en una palabra, hay más sencillez en la penalidad y en el procedimiento de los salvajes que en el de los bárbaros, y esta penalidad y este procedimiento ofrecen, bajo ciertos puntos de vista, ménos imperfecciones entre los primeros que entre los segundos: es verdad que una institucion que no existe no puede tener vicios. ¿Se dirá, sin embargo, que hay mayor progreso en la carencia de una institucion viciosa; pero cuya idea fundamental es verdadera, que en poseerla llena de imperfecciones? Segun esto los animales estarían mucho más adelantados que el hombre; y aun sin tomar un término de comparacion fuera de la humanidad, ¿quién no ve que la pretendida superioridad que parece existir en este caso en favor de los salvajes, se refiere únicamente á la debilidad de sus concepciones y de su inteligencia, así como á la imperfeccion de su Estado social? Si no tienen más que un exiguo número de delitos, es porque cuentan con pocos intereses susceptibles de ser lesionados, y su sensibilidad no se interesa como la de los pueblos civilizados por una porcion de cosas, que podían afectarla. No hallándose desarrollada, presenta, por decirlo así, ménos blanco á las lesiones; pero tambien ofrece ménos á los goces. Si los delitos no se hallan cuidadosamente distinguidos y sus especies no se multiplican considerablemente, siendo determinados, por decirlo así, de una manera matemática, es porque no se siente aun la necesidad de distinguirlos y apreciar su gravedad para aplicarles una pena proporcionada. La misma observacion puede hacerse respecto á la escesiva sencillez de las penas, las cuales pecan poco por distinciones arbitrarias ó falsas, pero mucho por falta de distincion ó de proporcion. Los salvajes no se estravían, en el mismo grado al ménos, en el empleo de pruebas que no son más que crueles decepciones; pero los que se engañan en la eleccion de las pruebas recono-

con alménos que son necesarias y procuran adquirirlas.

Es necesario discurrir lo mismo para apreciar la ventaja aparente que tendría la penalidad de los salvajes y de los Bárbaros sobre la de los Orientales, no haciendo jugar al elemento religioso un papel tan importante en su justicia criminal; y no es que los bárbaros excluyan este elemento por prudencia ó por reflexion, sino simplemente porque no lo poseen áun en un grado suficiente para concederle esta influencia. Refiriendo la penalidad al sentimiento religioso, los Orientales han probado en primer lugar que estaban dotados de ese sentimiento en el más alto grado, y han comprendido, ademas, que hay entre el pecado y la pena una grande armonía moral y religiosa. Hé aquí su incontrastable superioridad. ¿Dónde está, pues, su error? En la aplicacion de esta idea al órden social por medio de la autoridad civil, ó en otros términos, en la no distincion del órden moral ó religioso y del órden civil: habría sido necesario dejar á la religion y á la moral su parte distinta en el órden de los actos humanos y de su sancion penal; pero esto no es más que un error de aplicacion, una confusion, y no se confunden sino las ideas que se poseen, siendo una ventaja poseerlas, sobre todo en un alto grado. La luz se abre paso poco á poco en la inteligencia humana: los diferentes órdenes de ideas se hallan al principio hasta tal punto confundidos, que nadie tiene conciencia clara de sí mismo; luégo llega un momento en que esta conciencia existe, pero en que la distincion práctica parece tanto ménos posible cuanto que las ideas de un órden determinado parecen dominar completamente á las de otro, y áun es verdad que las dominan en efecto, pero en la razon y en la conciencia individual solamente. Así, desde que llega el momento de hacer la distincion, se ve claramente que la conciencia y la razon la reclaman, y que el órden social se halla establecido en parte para proteger los derechos de la conciencia religiosa y no para esclavizarla. Mas para llegar á esto es necesario haber comprendido que la religion no es exterior; que es esencialmente interna, personal, indefinidamente variable segun las inteligencias, los corazones y las aptitudes; que esta diversidad existe, áun cuando la enseñanza religiosa es objetiva ó extensivamente una, porque no convence igualmente á todos los espíritus, y no es tampoco comprendida de la misma manera por todos. Despues de haber reco-

nocido bien estos hechos, reconócense luégo los derechos que son su consecuencia, y rígese la sociedad externa por los solos principios de la justicia, relegando la religion y la moral al santuario de la conciencia individual, de donde no pueden salir ni ser arrancadas: sólo sus formas pueden tener una existencia exterior, pero entónces dejan de ser sus verdaderas formas, y no tienen ya más que un valor de fantasía parcial ó de capricho tiránico si no son la expresion espontánea de las conciencias.

No entramos aquí en consideraciones más detalladas sobre el espíritu de la justicia criminal en la civilizacion del Oriente; descendiendo más, necesitaríamos penetrar en numerosas distinciones, haciendo ver lo que distingue á la justicia criminal de un pueblo oriental de la de los demás pueblos de las mismas regiones; trabajo que sería largo, ingrato, poco útil para la conclusion que nos ocupa, y que nos llevaría inevitablemente á muchas repeticiones. Basta leer con alguna atencion las disposiciones penales ó de procedimiento de las diferentes legislaciones orientales, tales como las hemos dado á conocer en su oportuno lugar, para apercibirse de que no todas tienen el mismo valor, y de que su relativa superioridad, bastante conforme con la sucesion de los tiempos, se halla marcada poco más ó ménos por el mismo órden en que las hemos presentado, pero todas, exceptuando quizá una sola, la de la China, llevan un profundo sello religioso, y por esto principalmente se distinguen de las legislaciones criminales de los dos primeros períodos de la civilizacion, del período en que predominaba el sentimiento exaltado del individualismo, y de aquel en que la sociabilidad, regulada ya por una idea en vez de serlo por el instinto, se hallaba sometida principalmente á la idea de la utilidad. La idea religiosa señala el tercer período y prepara el reinado del derecho, esperando que la idea moral y religiosa venga á ejercer una libre y benéfica influencia, despues de haber cesado de imperar en absoluto y de haber sido rechazada luego quizá excesivamente. La civilizacion greco-romana expresa la transicion del reinado de la idea religiosa á la idea del derecho.

IV. Grecia, y principalmente Atenas, lleva todavía un profundo sello religioso; pero hay entre la religion griega y la del antiguo Oriente la principal diferencia de que aquélla es la de lo finito, la de lo múltiple, miéntras que ésta es la de

lo infinito, la de lo uno. El Oriente no cree generalmente más que en un sólo Dios, ora sea el verdadero con su infinitud, ora el Dios todo, la naturaleza entera con su inmensidad. Grecia divide á Dios, lo multiplica, lo hace finito y le da formas humanas; el Oriente había comenzado á formarlo á imágen del hombre, pero no dándole todavía más que alma, y Grecia acabó esta obra dándole una especie de cuerpo, llegando á ser asi los dioses más semejantes al hombre. Esta nueva forma de las creencias tuvo sus ventajas y sus inconvenientes: la religion fué ménos terrible, y el espíritu ganó lo que había hecho perder á la divinidad; pero la hizo perder ya tanto, que los dioses se convirtieron en objeto de distraccion para los hombres; el arte se apoderó de las creencias y las coordinó, segun los caprichos de la fantasía y la necesidad de las pasiones, y la religion fué un instrumento para los particulares y para los gobiernos. Hay tambien entre la religion del Oriente y la de Grecia la diferencia notable de que la primera dominaba la política y la segunda la servía: en Oriente, el pontífice está sobre el príncipe; en Grecia, el príncipe está sobre el pontífice. Ménos ahogada la imaginacion por el politeismo que por el panteismo, debió dejar al hombre más energía, un sentimiento más claro del libre albedrío y una necesidad mayor de la libertad externa. El politeismo griego era ménos favorable al despotismo que el panteismo oriental, lo cual es una razon poderosa de la diferencia de las formas gubernamentales de estas dos civilizaciones, cuya razon explica tambien en parte la tan variada actividad del espíritu griego y la contemplativa inercia del espíritu oriental. El sacerdote, el filósofo y el artista griegos determinan á los dioses que concibe su imaginacion, y al determinarlos creen descubrir sus atributos; el sacerdote, el filósofo y el artista de Oriente se absorben y se pierden en el suyo. El griego se traduce y se idealiza en sus divinidades; el oriental pierde sus propias determinaciones y se desvanece en el Brahma de la India, en el Tiempo sin límites de la Persia, en el Tao de la China, en el Pan egipcio y en el Ensoph de la Kabbala.

Con formas políticas tan diversas como la democracia y el despotismo, con creencias tan opuestas como las de la fatalidad y del libre albedrio, con religiones de las cuales la una domina y la otra obedece á la política, la legislacion criminal no podía ser la misma. Así, el sentimiento de la li-

bertad dió al del derecho un alto grado de desarrollo; se reconoció la extrema importancia de la libertad política con relacion á la libertad civil, y el valor de ésta con respecto á la libertad individual; se amaron las instituciones públicas porque estaban en armonía con las necesidades, los intereses y los derechos de los indivíduos; á los delitos contra las personas y los bienes particulares agregáronse los delitos contra la cosa pública, y la libertad llegó á ser tan celosa como sombría había sido la tiranía. Si en este punto empleó á veces una excesiva severidad, es fuerza reconocer que ni áun en esto fué tan sanguinaria como el despotismo oriental, y que para todo lo demás fué mucho más equitativa. Empleó con frecuencia un género de penas que difícilmente podía establecer el régimen despótico; las que afectaban al honor privando del ejercicio de los derechos políticos. Aunque el esclavo tenga tambien su amor propio, este amor propio está, sin embargo, muy bajo para que pueda ser un resorte en manos del legislador; cuando por otra parte tiende á descender, mientras que el de los ciudadanos tiende á ascender; por lo cual habría contradiccion en castigar al primero elevándolo, mientras que se puede castigar al segundo deprimiéndolo.

La religion era para los Griegos y para los Romanos una institucion pública, y para los orientales era el Estado una institucion religiosa: los primeros amaban la religion como parte de la política, y los segundos temían al Estado como una expresion particular del poder absoluto del sacerdocio: el fanatismo de los unos era todavía patriotismo; el patriotismo de los otros no era nunca más que fanatismo. Pero siendo el patriotismo por la naturaleza ménos propio que el celo religioso para degenerar en fanatismo, síguese de aquí que hubo más patriotismo en el antiguo Oriente. El elemento más fuerte de esta doble pasion absorbía al otro y le hacía casi desaparecer asimilándoselo.

Si la legislacion griega y la romana se ocuparon de la religion y de la moral, si tuvieron tambien sus delitos y sus castigos en este punto, estos delitos hallábanse más relacionados con la vida social, mientras que en Oriente tenían un carácter más privado y supersticioso. En los casos en que el delito llevaba el mismo nombre, por ejemplo, en el ateismo ó el perjurio, eran diferentes los motivos de castigarlo; pues en Oriente tratábase de vengar á la Divinidad, y

en Occidente de conservar las creencias religiosas como garantía de los intereses sociales. Si la legislacion oriental se ocupa de las costumbres, es bajo el punto de vista religioso, aunque se trate de actos que afecten al órden público; pero tambien hace entrar en la ley civil las prescripciones del culto privado. Entre los Griegos y los Romanos, por el contrario, el culto es asunto de interés público, y la ley por lo tanto se ocupa muy poco del culto privado, tratando del público solamente en sus relaciones con el buen órden general. En cuanto á las costumbres, el mismo motivo anima á las dos legislaciones: trátase en Oriente de la manera de realizar ciertos actos para hacerlos más puros, de evitar ciertas acciones socialmente indiferentes y de practicar otras que no tienen más importancia pública ó privada; en Grecia y en Roma regúlanse los gastos y se hacen leyes suntuarias, no ya por un espíritu de ascetismo místico, sino por consideraciones de economía social bien ó mal entendida.

Distínguense los delitos en públicos y privados, y el derecho de perseguir los primeros pertenece á todo el mundo: de esta manera queda confiado el interés público al cuidado de todos. Bajo el nombre de tesmostetes, éforos y censores, se nombran magistrados, cuya mision es velar por el respeto á las leyes y por los derechos del pueblo: la accion pública puede ser abandonada por uno y ejercida por otro; pero la accion privada, no pudiendo sustentarla más que el interesado, si éste la abandona ó transige, todo ha concluido.

Los debates son públicos, y el acusado puede defenderse por sí ó hacer que otro le defienda; puede, si se halla amenazado de una condena, ó emprender la fuga, ó proponer á sus jueces el género de pena que prefiere.

Los tribunales se componen de ciudadanos y de iguales, y hállanse establecidas formas protectoras; pero no existe aún procedimiento preliminar (sumario), ni magistrado encargado de recoger los elementos de la causa y de facilitar su conocimiento.

Desgraciadamente el procedimiento griego fué deshonrado por el tormento, aunque sólo se aplicaba en un principio á los esclavos, siendo esta una de las condiciones para que fuera admitido su testimonio, y muchas veces sus dueños en interés de su propia causa, los entregaban á aquel

medio de prueba. Habiéndoles envilecido injustamente la sociedad, hallábase en una especie de necesidad de envilecerles más aún, no suponiéndoles ni honor ni conciencia, y tratándoles como séres desprovistos de razon que sólo ceden al dolor y á la sensibilidad. Se ha dicho sin razon que el señor que sometía á sus esclavos al tormento para hacerles declarar en su favor, les suponía muy magnánimos y corría el riesgo de ser acusado aunque no fuera más que por venganza: esta reflexion sería justa si el esclavo no hubiese tenido que caer de nuevo bajo el dominio de su señor ó de los herederos de éste despues del tormento, y si el delito llevase consigo la confiscacion de los bienes del acusado; pero entónces el señor era, sin duda, ménos pródigo de los sufrimientos de sus esclavos. Los hombres libres pagaron más tarde la iniquidad del tormento, viéndose ellos mismos sometidos á él.

Este vicio no impide que el derecho penal de los Griegos haya sido un progreso notable sobre el del Oriente: los delitos legales eran más naturales, mejor escogidos y mejor clasificados; las penas eran más suaves y más apropiadas á los delitos; los tribunales estaban mejor formados y presentaban más garantías de equidad; los actos del procedimiento eran más numerosos y más prudentes; las pruebas ménos inciertas (porque el mismo tormento, como medio de instruccion, era superior á las pruebas); la defensa más sagrada; los debates más instructivos para el pueblo, y su publicidad más tranquilizadora para el acusado. La distincion de los delitos en públicos y privados y las consecuencias que de esto se derivan respecto á la acusacion, fueron tambien una mejora considerable.

V. Los Romanos no tuvieron, por decirlo así, más que perfeccionar esta legislacion penal. El sistema de represion expuesto en las Doce-Tablas fué demasiado duro, pero las costumbres públicas, al dulcificarse, produjeron grandes cambios en las leyes criminales. El espíritu de equidad, tan notable por su sagacidad y precision y tan consciente en el derecho civil, en donde se ofrece casi en estado de ciencia matemática, no podía dejar de tener influencia en el derecho criminal, y en uno como en otro merece con frecuencia el derecho romano el nombre de razon escrita. Los delitos contra las cosas, sobre todo, son castigados con mucha más prudencia que en el Oriente, debiéndose sólo reparar

el perjuicio ocasionado y sufrir una pena análoga, que era esencialmente pecuniaria. En los delitos contra las personas y la cosa pública, contra la religion y contra las costumbres, la penalidad tenía por el contrario un carácter más bien aflictivo, civil ó político.

Los jurisconsultos romanos fijaron con más precision que se había hecho ántes de ellos los diferentes puntos de vista bajo los cuales debe considerar el juez el delito para apreciar mejor la culpabilidad.

La filosofía, principalmente la estóica, llevó más rectitud lógica y nociones más precisas de justicia al espíritu romano, tan positivo y práctico por otra parte. A los jurisconsultos formados por esta escuela, á quienes habían precedido Ciceron, Séneca, Epícteto y Marco Aurelio, débense estas máximas protectoras: que vale más la impunidad de un culpable, que exponerse á condenar á un inocente; que un solo y mismo delito no puede ser perseguido muchas veces; que nadie debe ser castigado sin haber sido oido; que no es acusando, sino probando su inocencia, como se justifica uno; que la falta del padre no debe recaer sobre los hijos, etc. (1).

La publicidad del procedimiento, la participacion de los ciudadanos en la judicatura y el derecho de acusacion concedido á todos los ciudadanos en todos los casos en que se halla interesada la cosa pública, son los principales puntos del procedimiento griego y romano: pero estos actos judiciales ganaron todavía al pasar de Atenas á Roma. La acusacion, sus fórmulas y las operaciones de la informacion eran ilustradas é inspeccionadas por la publicidad; todos los actos de la acusacion eran notificados al acusado asistido de sus defensores, el cual podía contradecirlos; los testigos sólo eran oidos en presencia de las dos partes, y en fin, los debates judiciales tenían lugar en la plaza pública. Estas garantías dadas al acusado eran excesivas y paralizaban los actos de la instruccion, haciéndolos fracasar á veces.

(1) «Satius esse impunitum relinqui facinus nocentis quam innocentem damnare» (D., l. 5, *De pœnis).*—«Ne quis ob idem crimen pluribus legibus reus fieret» (Ib., l. 14, *De accusationibus).*—«Neque inaudita causa quemquam damnari æquitatis ratio patitur» (Ib., l. 1, *De requireD, reis*).—«Non relatione criminum sed innocentia reus purgatur.» (Ib., l. 5, *De publicis judiciis*).—«Crimen vel pœna paterna nullam maculam filio infligere potest» (Ib., l. 26, *De accusationib).*

La participacion de los ciudadanos en las causas criminales fué, como los demás derechos del pueblo romano, una conquista sobre el poder ejecutivo y el senado, viéndose los reyes, los cónsules y los patricios despojados sucesivamente del privilegio exclusivo de juzgar en los asuntos criminales: Una vez investido el pueblo de un derecho, en el cual por otra parte había tenido siempre cierta participacion, pudo él mismo delegarlo. Los jueces nombrados por el pretor eran designados de entre los miembros de la ciudad y á satisfaccion de los acusados, sólo que no podían ser elegidos sino en ciertas clases ya privilegiadas. Estos jueces, colocados muy alto para no participar de la ambicion, del temor ó de las esperanzas de los hombres de partido que dividieron á Roma en los últimos tiempos de la república, llegaron á ser sumamente parciales y de una venalidad irritante, lo cual no era una falta de la institucion, sino de su imperfeccion, del tiempo y de las costumbres sobre todo. Si el derecho de juzgar hubiera pertenecido á todos los ciudadanos distinguidos, la corrupcion habría sido más difícil y ménos de temer la parcialidad.

Abusos análogos viciaron la acusacion pública y por idénticas razones, siendo además impotente ó inútil en muchas circunstancias. El acusador público, por lo mismo que estaba obligado á desempeñar las funciones de querellante, de juez de instruccion y de ministerio público, tenía demasiado que hacer para empeñarse en una empresa que tenía sus peligros, y concíbese, por lo tanto, que un gran número de delitos susceptibles de ser perseguidos por la accion pública, no lo fueran de ningun modo.

§ II.

Progreso del derecho criminal bajo la influencia del cristianismo y de la filosofía.

SUMARIO.

1. El sentimiento de misericordia se añade al de justicia.—2. Caracteres de correccion, de proporcion y de igualdad dados á la pena.—3. Disposiciones del código teodosiano que confirman lo anterior.—4. Distincion entre el espíritu del cristianismo y el de las comunidades cristianas.—5. El cristianismo educó al mundo bárbaro, contuvo y moralizó al mundo feudal, templó las monarquías absolutas, y preparó la emancipacion de los pueblos por las monarquías constitucionales y las repúblicas.—6. Las justicias eclesiásticas son preferidas á las señoriales; su superioridad; sus inconvenientes y defectos relativos.—7. Afortunada influencia de la filosofía del siglo XVIII sobre la legislacion criminal.

La civilizacion greco-romana se distingue de las precedentes, sobre todo en sus leyes criminales, por una aplicacion más reflexiva, más constante y sistemática de la nocion del derecho. El espíritu eminentemente político de los Romanos les había iniciado desde muy temprano en la idea reflexiva de la justicia, y la filosofía estóica acabó su educacion en este punto.

El Cristianismo vino á agregar á esto el sentimiento de la misericordia ó de la piedad, no siendo su influencia ménos sensible en el derecho criminal que en el civil (1). Esta influencia se manifiesta de tres maneras: dando á la pena un carácter de correccion, proporcionándola con medida á este resultado y declarándola igualmente merecida por todos. Reforma del culpable por la pena, proporcion de la pena á la extension del mal moral é igualdad en la pena, tales son las tres grandes tendencias que el espíritu cristiano ha comunicado de su propia disciplina al derecho criminal. Ha hecho penetrar la moral en el derecho, primero por influencia, luégo por autoridad, y finalmente por in-

(1) Es muy sensible que M. Troplong no haya extendido su precioso estudio al derecho criminal. Esta es una segunda parte que no puede dejar de publicar algun dia.

fluencia otra vez; pero hay entre su influencia primitiva y la ulterior la diferencia de que la primera era aceptada sin reflexion, sin distincion de título y áun con tendencia á reconocerle ya un carácter de autoridad, miéntras que la segunda se reconoce perfectamente distinta de toda autoridad jurídica y por no tener más qne un carácter puramente moral ó de indulgencia.

Si se quiere descubrir de una manera más positiva las huellas del Cristianismo en la legislacion criminal, no hay más que buscar los principios que en ella ha introducido y las disposiciones que ha sugerido.

Respecto á los principios, algunos habían sido proclamados por los jurisconsultos paganos en nombre del derecho puro, los cuales no podian ménos de ser recogidos y sancionados por el Cristianismo, en tanto que se hallaban conformes con el espíritu de éste. Hubo otros que fueron más especialmente inspirados en este espíritu, y á los cuales justo es que tributemos un homenaje: tales son los siguientes, que citamos tan sólo como ejemplos: «Cuando se trata de un delito no deben distinguirse dignidades ni condiciones; es necesario, ó que la pena sea prontamente impuesta si el detenido es culpable, ó que una larga prision preventiva no haga sufrir á un hombre que debe ser absuelto; la prision es siempre una cosa dura para los inocentes; todos los domingos visitarán los jueces las cárceles y procurarán que los despiadados carceleros no hagan sufrir á los detenidos ningun tratamiento inhumano; durante la Cuaresma no puede imponerse el tormento; no se impondrá ninguna pena corporal durante el mismo tiempo; el dia de Pascua será la de amnistía para todos los acusados detenidos (1).»

Respecto á las disposiciones penales es necesario distinguirlas cuidadosamente segun los tiempos, y segun que hayan sido sugeridas por el espíritu del Cristianismo ó por pasiones ocasionadas por éste. Miéntras que los Cristianos tuvieron que sufrir la intolerancia pagana, no les abandonó el espíritu de humildad y de mansedumbre, y penetrados de sus propios infortunios, sentian simpatías hácia todas las

(1) Cod. Theod., l. 1, *De accusat.*; id., l. 10; id., l. 6, *De custod. reor.*; id., l. 1 y 6; id., l. 3, id., l. 7; id., l. 4, *De quæst.*; id., l. 5, id., l. 3, 6, 7, 8.

desgracias, áun hácia aquéllas que eran perfectamente merecidas. Sabían que Dios no pide la muerte del pecador; tenían acerca de la humanidad, de Dios, de su providencia, de la pena y de su fin ideas particulares que no los hacían enemigos de los culpables, en los cuales no dejaban de ver hombres, hermanos, hijos de Dios, posibles predestinados. Cuando fueron los más fuertes, cuando el poder se halló indirectamente en sus manos, sucumbieron á la tentacion, muy natural por cierto, de favorecer sus propias creencias y sus prácticas religiosas, extendiendo el beneficio de ellas con medidas poco cristianas: de aquí los numerosos delitos contra la religion y contra las costumbres, consideradas bajo el punto de vista religioso; de aquí las excesivas penas reservadas á estos pretendidos delitos; de aquí, en fin, las precauciones legales por causa de religion.

Todos estos excesos estaban llamados á desaparecer despues de haber durado siglos; mas, por el contrario, el bien debía quedar siempre. El mal no está en la institucion, sino que es el fruto de las pasiones humanas que pueden corromperlo todo, y á las que jamás les falta ocasion ni pretexto para hallar satisfaccion. El Cristianismo es tan poco responsable de los excesos cometidos en su nombre, cuanto que su espíritu les es enteramente contrario: mejor comprendido, no sólo condena este falso celo, sino que prescribe las virtudes opuestas.

Todos los progresos ulteriores, así los que se preparan como los ya realizados, pertenecen, pues, esencialmente á su espíritu de justicia, de mansedumbre y de misericordia. Jamás podrá el hombre manifestar á sus semejantes más respeto, piedad é interés que supone la caridad y que consiente la alta estima en que á la humanidad se tiene en el sistema de la redencion cristiana.

¿Qué importa, por lo demás, la larga intermitencia que parece haber sufrido el Cristianismo en su desarrollo? Esa intermitencia tiene su explicacion en las calamidades de los tiempos. Los Bárbaros, al arrojarse en masa sobre el imperio romano, amenazando ahogar una civilizacion rejuvenecida por el espíritu cristiano, se parecen á los salvajes que quieren apagar, arrojando de una vez inmensa cantidad de nuevos combustibles, una vasta hoguera, alrededor de la cual se agrupan para devolver el calor y la vida á sus miembros entumecidos por un frio mortal. Nunca, por el

contrario, ha hecho el Cristianísmo mayores y más duraderos progresos que en esta época; pues conquistaba el mundo, y ganaba en extension mucho más que perdía en pureza. Y áun esta pérdida debía ser reparada con el tiempo: era necesario elevar el paganismo civilizado y el paganismo bárbaro á la altura de la cruz, tarea inmensa que debía durar siglos, á no ser que se hiciera un milagro, que no se ha hecho ni podía hacerse. La Providencia, dueña del tiempo, y que tiende á conservar en el hombre toda la dignidad de que fué dotado en el acto de la creacion, quiere tambien que el ser humano se desarrolle progresivamente, que se deba, por decirlo así, algo á sí mismo, que sea bajo ciertos aspectos su obra y su propia criatura. Así es cómo se realiza en la naturaleza todo progreso: el mundo no se ha hecho en un dia; la tierra misma que habitamos y las especies inferiores que alimenta, todo ha tenido su principio. Un estado de cosas ha sido sustituido constantemente por otro, y lo que parece haber durado ó deber durar siempre, tiene sin duda marcado su tiempo.

Pero ¿á qué pretender justificar á la Providencia? ¿Necesita, por ventura, ser justificada? ¿No basta consignar su marcha? Nada hay más cierto que la naturaleza esencialmente perfeccionable del hombre: gracias á la palabra y á la reflexion de que está dotado, las ideas de las generaciones precedentes llegan á ser el patrimonio de las generaciones que siguen, y este patrimonio es un fondo en el que cada generacion trabaja á su manera. Los métodos y los instrumentos se modifican con la ayuda de la comparacion y de la reflexion; las ciencias y las artes se prestan un mútuo auxilio, y todo marcha en conjunto al brillo de la antorcha religiosa. Y esta misma antorcha adquiere nuevo brillo de unas épocas á otras segun que entre en los designios de la Providencia asegurar mejor la marcha de la humanidad, ó reanimar su actividad adormecida.

Otros autores han dado á conocer con tanta verdad como elocuencia el destino de la Edad Media en el plan de la civilizacion universal: lo han señalado como una transicion necesaria á las nuevas formas sociales, han establecido su valor relativo, y han probado que este período es todavía un progreso sobre la antigua civilizacion de la Grecia y de Roma. Tratábase, en efecto, de inspirar al hombre á todas sus instituciones, todas las formas de su vida, todo lo que

es y todo lo que le rodea y le habla, del espíritu cristiano; tratábase de comunicar tan profundamente á su sér el nuevo principio de vida, que debió hallarse animado de él sin saberlo, que debió subsistir en él áun despues de haberlo perdido en apariencia, y que debió tambien resucitar en la vida cristiana, áun despues de haber sucumbido en ella apartemente. Tratábase de que sucumbieran en nosotros los restos del paganismo bárbaro ó salvaje de la antigüedad, pero lenta, progresivamente, como en toda obra providencial de este mundo, y por el solo efecto del desarrollo regular del nuevo principio.

Y este principio es fácil de descubrir en la marcha de las sociedades modernas, al pasar de las sociedades feudales á las grandes monarquías absolutas, y de éstas á las monarquías constitucionales.

El feudalismo no es más que la desigualdad artificial organizada; es el triunfo sobre la anarquía, pero tambien sobre el derecho. Esta organizacion social ha dado orígen á muchas obligaciones y delitos que eran propios de ella, y los derechos y deberes particulares que unían el vasallo al soberano y el siervo al señor, han producido una legislacion criminal que es la imágen de este estado de cosas. La felonía reemplaza en todas partes á la fidelidad, y la pena de esa falta consiste frecuentemente en privar de las ventajas señoriales, ó en tratar al siervo recalcitrante como otras veces trataban los señores á sus esclavos, ó en arrojarles de la tierra á que se hallaban unidos y que los alimentaba. Las personas eran todavía los hombres de los señores, cuya expresion indicaba una posesion séria que reducía al siervo casi á la condicion de cosa, y sólo la religion y la humanidad vinieron á templar este derecho. Esta fué la transicion de la servidumbre antigua á la moderna libertad.

No hay penalidad algo general y fija en las sociedades feudales, fuera de la que resulta de las relaciones feudales mismas, de los restos tradicionales de la penalidad bárbara ó romana y las importaciones de la justicia eclesiástica. Puede decirse además que los señores ó los jueces por ellos elegidos eran tan ajenos á las leyes y tenían tan poco cuidado de aprenderlas, se hallaban tan habituados á la guerra y tan poco inclinados al estudio, que la arbitrariedad parece haber sido la regla suprema de sus fallos.

Así, el progreso no está aquí más que en el procedimiento que había vuelto á acreditar el derecho de acusacion, el procedimiento oral, la publicidad y el juicio por jurados. Este procedimiento venía igualmente de la jurisprudencia griega ó romana y de las costumbres de los Germanos; pero las modificaciones que ha introducido en él el feudalismo hállanse en armonía con el espíritu del tiempo, lo cual significa bastante que sólo tienen un mérito relativo, si pueden llamarse así las imperfecciones absolutas, que se hallan, sin embargo, acomodadas á inteligencias groseras y extraviadas. Otra ventaja tuvo la jurisprudencia del siglo XIII, cual fué la de hacer renacer las apelaciones establecidas como regla por las constituciones imperiales.

El progreso más manifiesto de la legislacion criminal en la Edad Media debe buscarse en la jurisprudencia eclesiástica, en la cual hallamos en el más alto grado el espíritu de justicia en la determinacion de los delitos, en la eleccion de las penas y en la imputacion. Es más accesible á la clemencia y á la piedad; conviértese en protectora del pobre, del débil y del oprimido, y su espíritu de igualdad contrasta sobremanera con la insolente distincion de las categorías y de las castas de la justicia civil. La iglesia crea el privilegio clerical, protege á todos los suyos, acude á ella como al único asilo de la libertad y de la igualdad, y su yugo es una verdadera emancipacion. Las penas puramente canónicas no tienen nada de exorbitantes, sobre todo cuando se las compara con las civiles; ninguna es capital, y la mayor parte de las perpétuas están dulcificadas por el régimen de una vida comun mucho más soportable que la de los establecimientos penitenciarios modernos más ponderados (1).

Si la justicia eclesiástica puso en práctica el procedimiento inquisitorial y la instruccion escrita, no le pertene-

(1) Debemos exceptuar algunas detenciones perpétuas, muy raras por cierto, que tienen un carácter de crueldad y de arbitrariedad bien marcado: tal es, por ejemplo, la á que fué condenado el monje benedictino Juan Barnés, el cual fué cogido primero en París y luego conducido en coche á la Villete, desde donde fué llevado à Flandes atado sobre un caballo. El gobernador de Cambray mandó encerrarle en el castillo de Waerden, y desde allí fué enviado á Roma, en donde estuvo en los calabozos de la inquisicion, hasta que fué trasladado á una casa de locos para quedar en ella toda su vida.—V. Bayle, *Diccion. Hist.*, artículo de Barnés.

con los honores de la invencion, y si por otra parte, ama el silencio y el misterio, es porque quiere proceder con recogimiento y porque se halla bastante segura de sus paternales intenciones para no necesitar ser contenida en sus justos límites por la opinion pública; pero lo que la distingue sobre todo en su procedimiento, lo que la pone muy por encima de su tiempo, es su repugnancia á las pruebas y al combate judiciarios. Interviene á su pesar, y sin aprobarlos en el empleo de estos medios por la justicia secular, y á veces acude tambien á ellos, lo cual es un error y una falta, pero este es el menor tributo que puede rendir á la brutalidad del siglo. Tiene gran confianza en el juramento, el cual constituye principalmente su prueba; pero desde que se apercibe de que abusa de ella, vuelve á la prueba testimonial pura y simple. Sus jueces tienen la ventaja sobre los otros de ser más instruidos, de ocuparse exclusivamente de sus funciones y de ser mejor escogidos y permanentes.

Pero las justicias eclesiásticas tenían una escesiva tendencia á invadirlo todo, y reivindicaron la jurisdiccion hasta en materias puramente civiles y de policía social, formando una administracion excepcional muy extensa é independiente. La monarquía, al fortificarse contra el feudalismo, debió procurar tambien recobrar sus derechos como el poder eclesiástico, y siendo ya capaz de administrar justicia, debía tratar de cumplir este deber soberano, y lo procuró en efecto, sabiendo aprovechar más de una buena institucion que encontró establecida y crear otras. Tambien tuvo sus jueces permanentes y sus hombres de ley, y para extender su jurisdiccion, imaginó la prevencion, especie de toma de posesion fundada en el derecho de la mayor diligencia, la cual debía contribuir á hacer más rápida y más completa la justicia penal. La reserva de los casos reales fué, como la apelacion, otro medio de llegar al mismo fin: sin embargo, los sometidos á la accion de la justicia encontraban allí sus ventajas. Pero la mayor reforma que debió la justicia criminal á las luchas de la monarquía contra los señores fué la institucion del ministerio público, ventaja que fué desgraciadamente contrabalanceada por el establecimiento de la informacion secreta, por el sólo procedimiento escrito y por el tormento. Observamos, sin embargo, al lado de estos vicios y como un gran correctivo de ellos, la

prévia informacion, una sábia y concienzuda teoría de las pruebas, el acto de comprobacion y la confrontacion.

A pesar de las imperfecciones que todavía existen en esta parte de la legislacion criminal, parece, sin embargo, más avanzada que la relativa á los delitos y á las penas. En el siglo XVIII, hallamos todavía en todos los códigos de Europa la barbarie de los tiempos anteriores: en ellos se encuentran interminables é inmotivadas listas de delitos, principalmente en materia de política, de religion y de costumbres, y penas crueles sin proporcion con los delitos (1).

La Revolucion francesa, preparada en este punto como en los demás por la filosofía contemporánea, hizo dar un paso agigantado al derecho criminal. Recuérdense solamente los trabajos de Montesquieu, de Voltaire, de Servan, de Linguet y de Brissot, en Francia; los de Beccaria y de Filangieri en Italia; los de Blackstone y de Benthan en Inglaterra, y los de Kant, de Fichte y sobre todo de Rotteck en Alemania.

¿Necesitamos decir ahora que cada pueblo moderno, al modificar sus leyes criminales desde hace más de medio siglo, ha hecho que se aproximen más y más á las que hasta entónces eran las ménos imperfectas? ¿Que estas diversas legislaciones comparadas entre sí forman una série progresiva que representa bastante bien la situacion de cada pueblo en la escala de la civilizacion, desde la Rusia hasta Francia pasando por España, Portugal, Italia, Grecia, Inglaterra, Suecia, Noruega, Dinamarca, Holanda, Austria, Prusia, Polonia, algunos pequeños Estados alemanes, ciertos cantones de la Suiza y las repúblicas americanas, la Luisiana entre otras? ¿Que todavía queda mucho que hacer hasta en las legislaciones ménos imperfectas (2),

(1) Véase sobre este punto la *Introduccion histórica al curso de legislacion penal comparada*, por M. Ortolan, p. 107-129.

(2) M. Rossi ha reseñado en 1829 el estado de la legislacion en Europa, t. I, p. 50 y sig. de su *Tratado de derecho penal.* Este cuadro, comparado con el estado actual de las legislaciones criminales, no es por fortuna más verdadero en muchos puntos: en treinta años se han realizado grandes mejoras en casi todos los países.

A pesar de los esfuerzos de los legisladores modernos para hacer las leyes penales cada vez ménos imperfeetas, están lejos de haber alcanzado el necesario grado de perfeccion: así, por ejemplo, en lo que concierne al procedimiento criminal, y en este procedimiento, la justa armonía del órden público con la libertad individual, resulta de la comparacion de las legislaciones más avanzadas, que ninguna es absolutamente mejor que todas las demás. La de los Estados-Unidos es superior en la

pero que estas necesidades son vivamente sentidas y que en todas partes se trabaja para satisfacerlas? Al dar aquí las pruebas en apoyo de estas aserciones, volveremos sobre los hechos ya expuestos.

Observemos solamente que desde el siglo XVIII los progresos han sido incomparablemente más notables en lo que toca á la penalidad que en lo concerniente al procedimiento. La barbarie y las preocupaciones supersticiosas ó fanáticas habían manchado hasta entónces los códigos criminales de todos los tiempos y de todos los países sin excepcion, y aquellas monstruosidades han desaparecido casi por completo y de una vez. En cuanto al procedimiento criminal, por el contrario, los legisladores de 1791 y de 1810 no tenían más que elegir entre las diferentes formas judiciales del pasado, coordinarlas y perfeccionarlas, porque los elementos todos de un buen procedimiento habían sido hallados y aplicados con más ó ménos prudencia y suerte, pero no se habían reunido nunca. Francia tiene la honra de haberlo hecho la primera, y de haber abierto así el camino á todos los otros países del mundo civilizado.

Para ello no ha tenido más que consultar sus propias leyes, su jurisprudencia y su historia, en donde lo ha encontrado todo, hasta el mismo jurado; solamente que viéndole funcionar con gran resultado en una nacion vecina, ha creido prudente tomarlo ya organizado, salvas las modificaciones necesarias por la diferencia de los caracteres nacionales. Gracias al espíritu filosófico de que se hallaban animados sus legisladores, ha sabido formar, de una par-

---

libertad provisional que concede bajo caucion á la mayor parte de los acusados, por la rapidez de la informacion escrita y por los establecimientos penitenciarios.

La Inglaterra está con razon orgullosa de su acta de *habeas corpus*, de la responsabilidad real de sus funcionarios, de la visita de las cárceles por los jurados, de las listas sinópticas de los detenidos, y de los individuos juzgados en cada sesion de los tribunales. La Francia puede vanagloriarse de dejar en libertad al acusado en los delitos poco graves bajo promesa jurada de comparecer ante la justicia á la primera citacion; y de haber obligado al juez de instruccion, so pena de una multa de cinco escudos diarios, á proceder en las cuarenta y ocho horas del arresto al interrogatorio del ciudadano detenido y de los testigos que podían esclarecer el asunto. El Austria tiene el mérito de haber tomado prudentes precauciones para proteger al acusado durante su interrogatorio, y de haber ordenado un exámen periódico de los procedimientos y de las prisiones por un miembro del tribunal superior. La misma legislacion francesa ofrece en todo esto provechosas enseñanzas.

te, una síntesis hábil con los elementos antiguos (la informacion prévia, el procedimiento escrito, la instruccion secreta, la institucion del ministerio público, la concentracion del procedimiento en manos de los jueces y la parte que corresponde á éstos en el juicio); de otra, con los elementos más antiguos aún, pero renovados y trasformados por el espíritu moderno (la publicidad de los debates, la prueba oral y el juicio por jurados). De esta manera la ley griega y la ley romana, las costumbres germánicas de las dos primeras razas, los usos del feudalismo, la jurisprudencia eclesiástica y las instituciones de la monarquía absoluta, han venido, por decirlo así, á purificarse y á unirse bajo la generosa influencia de la filosofía francesa del último siglo.

CONCLUSION.

Resumiendo lo que precede, y no tomando en consideracion sino los rasgos más salientes del desarrollo progresivo del derecho criminal, puede decirse:

1.° En cuanto á los delitos: *a*) que en un principio fueron poco numerosos; *b*) que se han multiplicado con las relaciones y los intereses; *c*) que la confusion del derecho y la moral ha aumentado su número, sobre todo bajo el régimen teocrático; *d*) que la moderna distincion del órden espiritual y del temporal ha corregido en parte esta aberracion y debe corregirla más aún; *e*) que se ha formado idea cada vez más clara de la imputabilidad de los delitos reales, de la responsabilidad de los agentes morales y del grado de esta responsabilidad.

2.° En cuanto á las penas: *a*) que la venganza personal ha sido la primera forma de castigo (estado salvaje); *b*) que el talion legal vino á ponerle la primera medida (civilizacion oriental, barbarie asiática); *c*) que la composicion ha permitido rescatar la pena (civilizacion germánica, barbarie europea), *d*) que la analogía y la proporcion entre el delito y la pena, es decir, la estricta justicia penal, ha preocupado á la civilizacion siguiente (greco-romana); *e*) que la caridad ha hecho nacer en los tiempos modernos la piedad hacia el culpable y el deseo de enmendarle por la pena (civilizacion cristiana).

3.° En cuanto al procedimiento: *a*) que ha sido primero nulo (período de la venganza personal ó popular; *b*) que ha

comenzado con la autoridad (doméstica, patriarcal, etc.), pero que ha participado de su carácter arbitrario; *c)* que ha tomado por el hábito un carácter de fijeza, y que este *hábito*, de personal que era al principio, se hizo tradicional, y adquirió por el hecho la autoridad, de una *costumbre*, de una *ley*; *d)* que esta ley ha sido más fuerte aún, cuando el señor, el jefe, el soberano sólo juzgaba con un consejo bajo su presidencia; *e)* que la delegacion del poder judicial ha hecho más necesaria todavía una coleccion de reglas sobre el procedimiento como sobre los delitos y las penas, y que estas reglas han debido ser escritas; *f)* que la magistratura oficial y la apelacion, es decir, una organizacion judicial, han sido la consecuencia del mismo hecho; *g)* que la ya antigua distincion de la accion pública y de la accion privada ha recibido de la organizacion de la justicia un nuevo grado de fuerza y de pureza; *h)* que las nuevas garantías á favor de una justicia concienzuda han nacido de la igualdad relativa de la Edad Media y de la mayor igualdad áun de los tiempos modernos; *i)* que las tres antiguas costumbres de libertad, de igualdad y de publicidad, inseparables de la vida nómada de nuestros antepasados, de su vida guerrera por pura aficion, por carácter ó por necesidad, pero no por autoridad, han desarrollado esta necesidad profunda de la vida pública, esta garantía buscada en las grandes asambleas de los campos de Marzo ó de Mayo, en los parlamentos ó tribunales, en los Estados generales, en el jurado y en la publicidad de los debates judiciales; *j)* que las pruebas han seguido el progreso de la civilizacion: supersticiosas, absurdas y violentas en los tiempos de ignorante credulidad, de barbarie y de guerra general, se han hecho cada vez más racionales á medida que el buen sentido y la justicia han tenido más autoridad en el mundo.

En el procedimiento criminal no ha habido más que las cuatro fases siguientes: la sustitucion de la fuerza pública á la privada para detener al culpable; la de la autoridad pública al ofendido para juzgarle, la distincion de la accion pública y de la accion privada, y por consiguiente la institucion del ministerio público; los medios racionales de prueba sustituidos al combate, á las ordalias, al tormento y al juramento de las partes: la marcha progresiva del espíritu humano en sus instituciones judiciales sería ya sorprendente é incontestable.

INDICE

DE LAS MATERIAS CONTENIDAS EN ESTE TOMO

TERCERA PARTE.

PERSECUCION DE LOS DELITOS.

INTRODUCCION.

LIBRO II.

Modos de informar á la justicia de la existencia de un delito.

LIBRO III.

De la instruccion criminal.—Operaciones que la constituyen.

LIBRO IV.

Debates judiciales: su publicidad.—Defensa.—Juicio.—Ejecucion.

CUARTA PARTE.

RESEÑA DE LOS PROGRESOS DE LA CIVILIZACION,

DEDUCIDOS DE LOS PRINCIPALES HECHOS EXPUESTOS EN LOS LIBROS QUE PRECEDEN: DEL PRESENTE Y DEL PORVENIR DEL DERECHO PENAL.

Páginas.